

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Memoria de grado para la obtención
del título Licenciado en Ciencias Jurídicas:
*“De la importancia de la investigación Jurídico-social
Análisis de un caso”*

Memorista: Ana Karina Timm Hidalgo.
Profesor Guía: Sr. Aldo Valle Acevedo.
Profesor Informante: Sr. Agustín Squella Narducci.

Introducción.

Desde el año 2002, al ingresar a estudiar Derecho a la Universidad de Valparaíso y específicamente desde que cursé la cátedra “Sociología Jurídica”, que dicho año fue primera vez en ser impartida, se fue inculcando en mí el interés por este saber respecto del Derecho. Durante los años de estudio de Derecho y al realizar mis primeras prácticas profesionales, la primera el año 2006, en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad y la segunda en la Sección Segunda Instancia, de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, el mismo interés siguió creciendo, pues siempre extrañe principalmente en las asignaturas dogmáticas, el análisis en torno al contacto de la norma con la realidad, y durante las prácticas señaladas, porque en más de una ocasión he experimentado la sensación de angustia, por los distintos problemas generados por la falta de perspectiva sociológica para realizar las distintas labores relacionadas con la creación, aplicación y estudio del derecho, lo cual si bien, acarrea un costo social, en definitiva terminan afectando a las personas que por distintos motivos en su vida cotidiana toman contacto con el derecho.

Es por lo señalado que es todo un agrado que el contenido de mi tesis se haya podido encontrar directamente vinculado con la sociología jurídica, y digo -haya podido- porque ello no sólo depende de la elección del alumno sino que también de la disposición de algún profesor que se interese por el tema y además que esté dispuesto a guiarlo, para mi fortuna conté con la inmediata aceptación y apoyo del profesor Aldo Valle quien es el profesor que guía el trabajo que se expondrá. No puedo dejar de mencionar a otro guía sustancial, el profesor Fernando Lobos, quien por su formación sociológica ha contribuido a mi trabajo no sólo con sus conocimientos, sino que con su motivación y apoyo.

El trabajo se desarrollará en tres capítulos. El primero se denomina “marco teórico referencial” y se compone de seis títulos, 1) “el concepto de sociología jurídica” pues como primer paso en este saber, he sentido el natural impulso de indagar en torno al concepto que connotados autores, que han contribuido al desarrollo y valoración del mismo, han formulado a su respecto; 2) ”Historia: breve evolución histórica”, en el cual se expone el desarrollo histórico de la sociología jurídica, centrándose principalmente, desde

las revueltas contra el formalismo en adelante; 3) “Temas de la sociología del derecho y su relación con otras ramas del derecho” en él expondremos los distintos temas que abarca éste saber, desde la perspectiva de distintos autores; 4) “Obstáculos que ha tenido que enfrentar la sociología jurídica para constituirse como saber acerca del derecho”, en él reflexionamos en torno a algunos impedimentos doctrinales y otro de carácter fáctico que experimenta la sociología jurídica; 5) “Funciones de la Sociología Jurídica” en el cual se realiza una muy breve exposición de la función teórica y de la función práctica de la sociología jurídica; y por último 6) “Relación entre sociología, legislación y razonamiento jurídico” este título se encuentra directamente vinculado con la función práctica de la sociología del derecho, y con una de sus líneas de investigación, cual es, los estudios sociológicos jurídicos en etapas de creación de la ley.

El segundo capítulo se denomina: “Problema de investigación y metodología”. La introducción de este capítulo, en el trabajo que en principio se proyectaba solamente con una finalidad teórica, obedece al desafío que el profesor guía del trabajo Sr. Aldo Valle, me ha invitado a asumir en los inicios del trabajo. La labor de realizar una investigación empírica en torno a algún problema sociológico jurídico ha sido tremendamente interesante y compleja, pues requiere adentrarse en las técnicas de investigación empírica, tema que es bastante ajeno a la formación profesional recibida durante los cinco años de la carrera, pero la colaboración que ha prestado el profesor Fernando Lobos a ello, lo ha tornado en un trabajo sumamente entretenido y gratificante. El problema de investigación elegido es el ya conocido “*Colapso de los Tribunales de Familia*”, en la exposición del problema se señalan las distintas variables que influyen en la configuración del aludido colapso, centrándose la investigación en sólo una de sus variables, tal es: “Aspectos procedimentales: procedimiento contemplado para el divorcio de mutuo acuerdo”

El tercer capítulo “Análisis de los datos, conclusiones y sugerencias” expone la distinta información recopilada en la etapa de investigación, de las distintas fuentes directas e indirectas consultadas, así como las conclusiones y las sugerencias de la investigación.

Por último, se expondrán las conclusiones a las que se han arribado con la realización de este trabajo.

En cuanto a la relevancia del trabajo, ella tiene dos direcciones, una teórica y otra práctica. La primera, de carácter teórico en el sentido que pretende ser una muy humilde

contribución al entendimiento de este saber acerca del derecho. En cuanto a su relevancia práctica, esta se vincula con el segundo y tercer capítulo del trabajo, pues pretende aportar con una nueva variable al problema de estudio.

Nos preguntamos ¿el derecho necesita a la sociología?, en caso que la respuesta sea afirmativa, ¿por qué? y buscamos responder las interrogantes no sólo con el análisis en abstracto, sino que además con el estudio socio-jurídico que se expondrá.

Primer capítulo:

“Marco teórico referencial”

1 -. Concepto de sociología del derecho

La sociología del derecho es una ciencia joven, no abundan en las bibliotecas libros que derechamente se dedican a ella, no nos puede sorprender que sea un área en la cual no haya un concepto estático y generalmente aceptado, nos limitaremos a exponer los conceptos que de ella han dado ciertos autores que han contribuido al desarrollo de esta nueva e importante área del estudio del derecho.

Comenzaremos por el concepto que ha dado uno de los profesores que más ha aportado a nuestro objeto de estudio, el italiano Renato Treves (1907-1992) quien en una primera etapa de su quehacer intelectual se dedica principalmente a la filosofía del derecho y en una segunda etapa se dedica por completo al estudio de la sociología jurídica, en palabras de Bobbio es el *“protagonista del renacimiento de la sociología en Italia, y por lo que respecta a la sociología del derecho, es un pionero”*¹. Este connotado autor ha señalado que *“la sociología del derecho se compone de dos partes conectadas y complementarias: la individualización del derecho en la sociedad: qué representa el derecho dentro de la sociedad y la individualización de la sociedad y la acción social en el derecho: qué representa la sociedad para el derecho”*², es decir, para este autor la sociología del derecho se ocupa de la relación entre derecho y sociedad.

A continuación expondremos en concepto que plantea Jean Carbonnier (1908-2003), sociólogo, jurista y legislador francés de la segunda mitad del siglo XX, quien también contribuyó notablemente al desarrollo de la sociología del derecho como disciplina particular en la enseñanza y en la investigación universitaria. Este autor señala como concepto: *“Es aquella rama de la sociología general que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales. Los fenómenos jurídicos o fenómenos del derecho”*³. Luego distingue entre una concepción estricta y una concepción amplia de sociología jurídica. La concepción estricta se refiere a lo que él denomina *fenómenos jurídicos primarios*, como son la ley, el juicio, las decisiones administrativas, es decir, aquellos fenómenos sociales que son de un indiscutido carácter jurídico. La concepción amplia

¹ BOBBIO, NORBERTO, *“Recuerdo de Renato Treves”* en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 15-16, vol. II (1994), traducción Luís Rodríguez Abascal. página 1056

² SORIANO, RAMÓN, *Sociología del Derecho*, editorial Ariel S.A. 1997, Barcelona, Pág.17, citado desde: TREVES, RENATO *“a la búsqueda de una definición de la sociología del derecho”* en anuario de filosofía del derecho, nueva época, V, 13-22

³CARBONNIER, JEAN *“Sociología Jurídica”* editorial Tecnos Madrid 1972, traducido por Luís Díez Picazo, página 15.

comprende los fenómenos sociales que denomina *fenómenos jurídicos secundarios*, como por ejemplo; la familia, el matrimonio, que son aquellos en que se presentan no sólo elementos jurídicos, sino que además otros elementos y que por lo mismo pueden ser objeto de estudio de la sociología jurídica y también de otras ramas de la sociología, teniendo las distintas ramas de la sociología respecto el fenómeno en estudio el objeto de comprenderlo enteramente y mejor.

Por su parte Norberto Bobbio (1909-2004), jurista, filósofo, politólogo italiano y uno de los mas importantes pensadores de los últimos tiempos, a propósito de la distinción entre validez, justicia y eficacia, señala que la sociología jurídica viene a ser la ciencia que tiene como campo de investigación específicamente la eficacia del derecho, así, “ *el problema de la eficacia nos lleva al terreno de los comportamientos efectivos del hombre que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho en su formación, desarrollo, cambio, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis histórico y sociológico. De aquí nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la sociología jurídica*”⁴

Luís Legaz y Lacambra (1906-1980) Filósofo del derecho, político, académico, ideólogo y traductor español, ha señalado “*la sociología del derecho es una rama de la sociología general que estudia el fenómeno del derecho no bajo el punto de vista normativo propio de la ciencia jurídica, sino como fenómeno social*”⁵

Por último, el español Ramón Soriano, profesor de filosofía del derecho, moral y política y de sociología jurídica señala; “*la sociología del derecho puede ser definida con sencillez y amplitud a través de la interconexión de los términos de su nomenclatura: la sociología jurídica se ocupa de la influencia de los factores sociales en el derecho y de la incidencia que éste tiene, a su vez en la sociedad; la mutua interdependencia entre lo social y lo jurídico*”⁶.

Nos limitaremos a adherir a la opinión que ciertos autores han emitido al momento de definir a la joven sociología del derecho, dicha opinión dice relación fundamentalmente

⁴ BOBBIO, NORBERTO “*Teoría general del derecho*” editorial Temis 1987, traducción de Eduardo Roza Acuña, con la colaboración de Marcela Anzola, página 25

⁵ DIAZ, ELIAS “sociología y filosofía del derecho” editorial Taurus 1980 Madrid, página 64; en LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, “*concepto y función de la sociología jurídica*” en revista española de sociología”, Madrid, numero cero, abril 1964, pagina 31

⁶ SORIANO, RAMÓN, *Sociología del Derecho*, editorial Ariel S.A. 1997, Barcelona, Pág. 17

con dos puntos, el primero es el riesgo de con ello poner límites a su objeto de estudio y en segundo lugar, el carácter relativo de las definiciones, pues en sociología jurídica son muchas y distintas las investigaciones a desarrollar y los objetivos a alcanzar.

2-. Historia: breve evolución histórica.

Para esta breve exposición de la historia de la sociología jurídica es conveniente realizar ciertas aclaraciones previas.

La primera aclaración es un tanto evidente y dice relación con que la sociología jurídica, por ser una rama de la sociología general, surge con posterioridad a ella.

La segunda aclaración dice relación con la delimitación del momento histórico que analizaremos, pues exponer la historia del pensamiento sociológico jurídico desde sus orígenes es una interesante y vasta tarea que por su extensión y complejidad no será objeto de nuestro quehacer en este trabajo. Se ha distinguido por el profesor Renato Treves, dos períodos, el primero: la “*sociología del derecho de los sociólogos*”, y la “*sociología jurídica de los juristas*”, es en este último período, que se extiende entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en donde se radicará principalmente nuestra exposición y no en la primera por las razones antes expuestas, finalizando con una breve exposición de los planteamientos más contemporáneos de ésta.

2.1 Sociología del derecho de los sociólogos

En una primera etapa de la sociología en general y de la sociología del derecho y con el carácter de precursores, encontramos varias obras, que plantean desde distintas perspectivas la relación derecho - sociedad, éstas son considerados como los inicios de la sociología jurídica, se caracterizan por ser teóricos y por ser desarrolladas por autores que dentro de la gran gama de fenómenos sociales analizados se avocaron al estudio del fenómeno jurídico. En esta línea encontramos que los estudios de la historia de la sociología jurídica se remontan a Aristóteles en adelante, pasando por autores como Montesquieu, Bentham, Saint Simon, Comte, Spencer, Durkheim, Weber, Marx, Parson, Friedman... entre otros.

2.2 Sociología jurídica de los juristas “La Revuelta contra el formalismo”

Y en un segundo período y más actual: la “*sociología jurídica de los juristas*”, es precisamente en esta etapa en la que nos detendremos para exponer cual es el origen de estos estudios, caracterizados por tener una importante dimensión teórica, pero además por la valorización de la dimensión práctica, es decir, de los estudios sociológicos jurídicos con finalidades prácticas.

El origen de esta etapa se encuentra en la denominada corriente de pensamiento antiformalista - “*la revuelta contra el formalismo*”- y siguiendo al profesor Treves, distinguiremos tres revueltas distintas, 1) contra el formalismo legal, 2) contra el formalismo jurisprudencial y 3) contra el formalismo conceptual. “*Tres revueltas que han dado lugar a tres direcciones de pensamiento distintas entre si, pero conectadas y coincidentes en muchos aspectos, y tres direcciones de pensamiento que llevan todas, en mayor o menor grado, a auspiciar y a promover la investigación sociológica en el campo del derecho*”⁷

En cuanto al “formalismo legal”, diremos en primer lugar que es una corriente de pensamiento que tiene sus orígenes en el siglo XIX, tuvo su auge con el Código Napoleónico, y su principal exponente es la escuela de la exégesis, caracterizada por la identificación “derecho-ley”, siendo esta última, la única fuente formal del derecho. Por consiguiente, el legislador será según ésta escuela, el único creador de derecho; en este sentido señala el profesor Squella: “*esta doctrina parte de la base de que no hay otro derecho que el que se produce y unifica a partir del estado y de sus órganos, creencia que conduce a considerar que la ley es la única fuente del derecho, de manera que las demás fuentes formales son sólo fuentes aparentes o, en el mejor de los casos, fuentes subordinadas a la ley, de donde se sigue que las decisiones de los jueces deben derivar también, única y exclusivamente de la ley*”⁸. Todo ello sumado a la idea de que el ordenamiento jurídico no posee lagunas y es coherente, sin contradicción y a la pretensión de limitar la acción del juez en su tarea de interpretación y aplicación de la ley. En este contexto se ha emitido por Andrés Bello la frase “el juez es esclavo de la ley”

Luego, dicha forma de comprender el derecho llevó al surgimiento de una corriente de pensamiento antiformalista, con carácter crítico a los postulados de la escuela exegética,

⁷ TREVES, RENATO, “*Introducción a la sociología del derecho*” editorial Taurus Ediciones S.A. Madrid 1.978, traducido al español por el profesor Atienza, Manuel, página 123.

⁸ SQUELLA, AGUSTÍN, “*introducción al derecho*” Editorial Jurídica de Chile, 2004, página 429

cuyo principal expositor fue el jurista francés Francois Geny⁹ quien ha señalado que el derecho no se identifica únicamente con la ley y que el análisis de los elementos puramente formales del derecho no permiten satisfacer las necesidades del mismo. Junto a ello, critica las características de completud e integridad que se le venía atribuyendo al ordenamiento jurídico, -el dogma de la integridad- e invita a una libre investigación científica “*El derecho es cosa bastante compleja y móvil –escribía Gény- para que un individuo o una asamblea, a pesar de que esté investida de autoridad soberana, pueda pretender fijar de un sólo golpe los preceptos que satisfagan todas las exigencias de la vida jurídica*”¹⁰. La investigación que propone debe ser: *libre*, en el sentido que el juez no es un subordinado de la autoridad legislativa, y es *científica* pues en la investigación de la ley aplicable, no sólo se deben tomar en consideración los aspectos puramente formales de la ley, sino que además se deben considerar cuatro distintos tipos de datos: los reales, que están constituidos por las condiciones políticas, económicas y sociales al momento de decidir; los datos históricos, las practicas y usos sociales; los datos racionales, principios éticos válidos en si mismos y los datos ideales, es decir, los fines de la ley.

Para poder considerar los datos reales al momento de la interpretación y aplicación de la ley, es importante la ciencia sociológica pues ella es la que contribuirá a reportar dichos datos. Es en este sentido que debemos entender como los planteamientos de Geny aportan a abrir camino a la investigación empírica sociológica, pese a no haberse propuesto realizar tales investigaciones.

En cuanto al formalismo jurisprudencial, cuyo máximo representante teórico fue Christopher C. Langdell, es una corriente de pensamiento estadounidense, de inicios del siglo XX ubicado al lado de la tradición iusnaturalista y sentado sobre la base de los principios de estado de derecho y de la división de poderes, importante y más característica expresión de ello es el método de enseñanza “*case method*” el cual, se ha señalado es formalista en dos sentidos: 1) consiste en el estudio de sentencias judiciales y que ésto no es más que la vía para extraer y construir a partir de ese material en bruto y desordenado, un sistema lógicamente consistente de principios y doctrinas generales, que es en lo que

⁹ Sus libros; “*método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*” publicado en 1.989, es su obra más conocida y además la obra mas importante de éste movimiento antiformalista. Posteriormente, en su obra “*ciencia y técnicas en derecho privado positivo*” de 1.914, expone el cuadro teórico en el que se puede colocar dicha investigación.

¹⁰ BOBBIO, NORBERTO “*Teoría general del derecho*” editorial Temis 1987, traducción de Eduardo Rozo Acuña, con la colaboración de Marcela Anzola, página 216; F. GÉNY “*método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*” t. II 2ª edición, página 324.

consiste el derecho, no siendo estas sentencias más que sus manifestaciones particulares; y 2) el derecho sólo consta de principios y doctrinas jurídicas, por tanto, en las facultades de derecho la dieta exclusiva de los estudiantes debe estar compuesta por los casos en que estas aparecen. La ciencia política, la historia, la sociología o la economía, debían confiarse a otros departamentos de las universidades. La experimentación empírica y cualquier referencia al entorno social quedaban desterradas de las facultades de derecho.

Frente y en reacción crítica a este denominado formalismo jurisprudencial norteamericano encontramos a la corriente de pensamiento “*jurisprudencia sociológica*”, que a su vez, es el antecedente directo de la posterior y exitosa corriente “*realismo jurídico norteamericano*”. El máximo exponentes de la jurisprudencia sociológica, fue el juez Oliver Wendell Holmes y quien emitió la famosa frase: “*La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia*”. Es la obra de este autor la que abre camino al importante desarrollo que experimentará la sociología del derecho en EEUU, en ella plantea que el derecho, si bien tiene un deber ser también tiene un ser, una realidad de la cual debe ocuparse el investigador, de este modo, sostiene la necesidad de ampliar el estudio del derecho a un contexto interdisciplinario.

Cabe destacar en este contexto a Roscoe Pound, quien en su jurisprudencia sociológica, plantea con mayor detalle los tipos y objetivos de las investigaciones sociológicas, señalando que éstas deben servir a fines prácticos “*estudio de los concretos efectos sociales de los institutos y de las doctrinadas jurídicas, estudio de los medios para convertir efectivamente en operativas a las normas jurídicas, estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de las leyes , estudio de la metodología jurídica, elaboración de una historia sociológica del derecho, reconocimiento de la importancia de la solución razonable y equitativa de los casos particulares, mientras que la generación anterior se contentaba con la justicia abstracta de las normas consideradas en abstracto.*”¹¹

Por último, el formalismo conceptual, es una corriente de pensamiento originado en Alemania, en general, identificó el derecho con el derecho de los juristas. El mayor desarrollo de este formalismo estuvo dado por la “*jurisprudencia de los conceptos*” que a

¹¹ TREVES, RENATO, “*Introducción a la sociología del derecho*” editorial Taurus Ediciones S.A. Madrid 1.978, traducido al español por el profesor Atienza, Manuel, página 130; R. POUND , “*interpretación de la historia legal*”, Londres, 1923; traducido a español J. Puig Brutau, “*las grandes tendencias del pensamiento jurídico*” 1950

mediados del siglo XIX planteó que los conceptos jurídicos deben ser formulados extrayéndolos de las normas de derecho positivo y buscando construir sobre la base de dichos conceptos un sistema jurídico sin atender a consideraciones históricas, sociológicas o ideológicas, es decir, la atención estuvo para esta corriente, en los preceptos jurídicos inscritos en la ley, más que en las estructuras sociales destinatarias de los mismos.

En la reacción a este formalismo se menciona primeramente a Rudolf Von Jhering, jurista alemán considerado por muchos como el fundador de la sociología del derecho, en el pensamiento de este autor encontramos dos etapas, la primera marcada por su adherencia a las corrientes formalistas conceptuales y la segunda marcada por su convicción en torno a la necesidad de además de la atención en los conceptos, tomar un contacto con la realidad. Así *“Jhering afirma la exigencia de que el jurista descienda del <cielo de los conceptos> a la tierra llana para tomar contacto directo con la realidad de los hechos”*¹², planteando que el Derecho no existe a causa de los conceptos, sino que son éstos los que existen a causa del Derecho. Jhering inspira la corriente de pensamiento llamada “Movimiento del Derecho Libre” cuyo principal exponente fue Hermann Kantorowicz quien en 1906 publica el libro *“La lucha por la ciencia del derecho”*, en el cual postula el concepto “derecho libre”, este *“se trata de un derecho positivo, lo mismo que el que está estatuido por los órganos del estado, aunque se diferencia de éste por ser un derecho dinámico y concreto, un derecho vivo en la sociedad, un derecho instalado en las convicciones de las personas, una especie de suelo -en fin- en que se apoyan las creaciones jurídicas del estado”*¹³. Luego, este fundador de la escuela alemana del derecho libre no sólo contribuyó a dirigir la mirada a la sociedad para efectos del análisis del fenómeno jurídico, sino que derechamente habló de investigaciones sociológicas jurídicas con fines prácticos, para la legislación y la judicatura. Por último, en éste contexto no podemos dejar de mencionar al jurista alemán Eugen Ehrlich, uno de los primeros autores en titular un libro con el nombre “sociología del derecho”, fiel seguidor y defensor del programa del movimiento del derecho libre, adhirió a considerar el derecho como un producto de la sociedad, tomando posición contraria al “principio de estatalidad del derecho” en virtud del cual el único derecho válido será el producido por el estado. En este sentido, el autor señaló *“tanto en el*

¹² Ib idem, página 126; Jhering, *“Sherz und Ernst in der jurisprudentz”*, Leipzig, 1884; trad. Italiana, *“Serio e faceto nella giurisprudenza”*, Introducción de f. Vassalli, Firenze, 1954, espec. *“Nel cielo dei cicetti giuridici”*, pp. 269-354 (trad. Cast. De Rianza, Jurisprudencia en broma y en serio, 1933)

¹³ SQUELLA, AGUSTÍN, *“introducción al derecho”* Editorial Jurídica de Chile, 2004, página 438

*tiempo presente como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma*¹⁴. Este autor es considerado por muchos como el maestro de la sociología jurídica, sus planteamientos, no estuvieron exentos de críticas, en este sentido, en un título posterior de este trabajo expondremos las críticas que formuló en su momento el connotado jurista austriaco Hans Kelsen. Una de las virtudes del trabajo de Ehrlich consiste en que no sólo promovió la investigación sociológica jurídica con fines prácticos para una más eficaz labor legislativa y jurisprudencial, sino que se embarcó en la compleja labor de efectuar dichas investigaciones.¹⁵

En definitiva, la distinción metodológica que propone el profesor Treves para estudiar las distintas corrientes de pensamiento que han contribuido a la consideración y valoración de la ciencia sociológica en el derecho, y en definitiva a una sociología del derecho, es bastante afortunada y ha contribuido al entendimiento y sistematización del origen histórico del pensamiento moderno relativo a nuestro objeto de estudio. Las distintas corrientes de pensamiento que hemos expuesto constituyen una reacción a las concepciones formalistas del derecho, caracterizadas todas por intentar analizar el fenómeno jurídico separándolo o excluyendo de dicho análisis los elementos sociales, lo cual constituye un análisis que permite una comprensión limitada o sólo parcial del fenómeno jurídico.

Como veremos, los planteamientos de estas corrientes antiformalistas no han estado exentos de críticas, pero es un tema que analizaremos más adelante en el título relativo a los obstáculos que ha tenido que enfrentar la moderna sociología jurídica para posesionarse como saber acerca del derecho autónomo, válido y necesario.

2.3 En los últimos tiempos, “análisis sociológico de los sistemas jurídicos”.

En los últimos años, con posterioridad a los movimientos sociológicos jurídicos antiformalistas, se ha expuesto por distintos autores, una nueva perspectiva para entender y fundamentar la sociología jurídica, marcada por la crítica a la sociología jurídica que se venía desarrollando hacia fines de los años setenta, críticas que dicen relación, entre otras,

¹⁴ TREVES, RENATO, “*Introducción a la sociología del derecho*” editorial Taurus Ediciones S.A. Madrid 1.978, traducido al español por el profesor Atienza, Manuel, página 50-60

¹⁵ En una zona rural de Czernowitz, allí analiza la efectiva organización jurídica de unidades económicas particulares, por ejemplo fabricas, haciendas agrícolas, y prepara el ambicioso proyecto de realizar investigación sobre todo el derecho efectivamente vivido en Bucovina.

con su carácter marcadamente formalista, por ser excesivamente legitimadora del orden establecido, acrítica, avalorativa, y por nuevos paradigmas y metodologías en las ciencias sociales que han surgido en los últimos tiempos. En este contexto encontramos a autores como la profesora María José Fariñas Dulce, quien realiza actualmente su labor docente en la Universidad Carlos III de Madrid y el profesor André-Jean Arnaud, Director Científico (1989-1991) del “Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati” y actual miembro vitalicio del patronato de dicho instituto, que fue creado en 1.988 por el “Comité de Investigación de Sociología Jurídica de la Asociación Internacional de Sociología” y por el Gobierno Vasco.

Los autores señalados plantean un cambio en la denominación “sociología jurídica” por otra denominación renovada, tal es “*Análisis sociológico de los sistemas jurídicos*”. Siempre valorando los avances realizados gracias a profesores como Renato Treves, Elías Díaz, Jean Carbonnier, entre otros, se plantea que los cambios en las metodologías de las ciencias sociales y los nuevos paradigmas de la contemporaneidad, vienen a renovar y a enriquecer a la sociología jurídica que venía desarrollándose. En cuanto al cambio metodológico, éste dice relación con la pérdida de popularidad de la metodología positivista con la cual se venían desarrollando las distintas investigaciones científicas sociales, marcada por un análisis causalista. Las nuevas metodologías que han surgido en el último tiempo, a consecuencia de los grandes debates epistemológicos en las ciencias sociales, permiten plantear contemporáneamente una multiplicidad de metodologías, entre ellas, la emanada de la teoría de los sistemas que postula un análisis sistémico de los hechos sociales.

El proyecto investigador del profesor Arnaud y de la profesora Fariñas se caracteriza en primer lugar en optar por: “el análisis sociológico sistémico de los sistemas jurídico”, en éste sentido: “*la aproximación sistémica se identifica con cuatro preceptos: los de pertinencia, globalismo, teleología y agregatividad. La pertinencia se aprecia respecto del investigador y se opone al principio de evidencia. El globalismo se refiere al ambiente del sistema. Es la negación del reduccionismo que se produce por la prioridad dada al análisis. La teleología investiga el comportamiento del sistema, excluyendo el razonamiento lineal de tipo causal. La agregatividad tiene como objetivo una representación simplificadora, preferible a la búsqueda de exhaustividad, la cual se ahoga*

en <hacer en todo enumeraciones tan completas y revisiones tan amplias, que llegase a estar seguro de no haber omitido nada.”¹⁶ A su vez el Derecho es considerado desde la perspectiva sistémica, el derecho es un sistema jurídico, y éste a su vez es un sub- sistema social. “un sistema es un conjunto de elementos identificables e interdependientes, es decir, ligados entre si por relaciones tales que si uno de ellos se modifica, los otros también lo hacen y en consecuencia todo el conjunto del sistema se modifica o transforma. Es igualmente un conjunto acotado, cuyos límites se definen en función de los objetivos (fines, proyectos, finalidades, teleonomias, propiedades) que se desea alcanzar”¹⁷. Este sistema jurídico así entendido estaría constituido por: el derecho como sistema de normas, el derecho como sistema de comportamientos, y del derecho como sistema discursivo. Interesante tema es el relacionado con el carácter cerrado o abierto del sistema jurídico, y con la clausura del sistema en caso de que este sea un sistema cerrado, pero la intención de este apartado se limita a sólo exponer una pincelada de esta renovada forma de entender y fundamentar a la sociología jurídica, pasaremos rápidamente a exponer las otras características.

Una segunda característica se vincula con la epistemología constructivista, la cual surge en la medida que se admite que los problemas no devienen necesariamente a priori, sino que deben ser construidos, la tercera característica se relaciona con la idea de interdisciplinariedad, es decir, con la invención de una forma de colaboración entre investigadores pertenecientes a disciplinas diferentes, sociólogos y juristas estarán obligados a entenderse, y también el jurista se tendrá que entender con otros investigadores, como economistas, asistentes sociales, etc., para el desarrollo de esta nueva sociología a jurídica, o bien, para el desarrollo del “análisis sociológico de los sistemas jurídicos”

¹⁶ ARNAUD, JEAN-ANDRÉ Y FARIÑAS DULCE, MARÉA JOSÉ, “Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis Sociológico”, Editorial Universidad Carlos III de Madrid 2006, pagina 245.

¹⁷ LE MOIGNE, JEAN LOUIS, “La modélisation des systèmes complexes” página 9; en ARNAUD, JEAN-ANDRÉ Y FARIÑAS DULCE, MARÉA JOSÉ, “Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis Sociológico”, Editorial Universidad Carlos III de Madrid 2006, página 250.

3.-Temas de la sociología del derecho y su relación con otras ramas del derecho

Una exposición cerrada de los distintos temas de la sociología jurídica, por cierto que no es posible de realizarse, pues los planteamientos que a este respecto se han formulado han sido variados, por ello, al igual que lo realizado para exponer el concepto de sociología jurídica nos limitaremos a señalar sus diversos temas, según se ha planteado por distintos autores con quienes nos encontramos trabajando.

Norberto Bobbio, en una intervención realizada en los coloquios de Estrasburgo de 1.956, planteó los siguientes temas: 1) el estudio de las instituciones jurídicas en su relación con la sociedad, es decir, la raíz social de las instituciones jurídicas, siendo esta investigación necesaria para corregir la tendencia formalista de los historiadores del derecho; 2) investigaciones empíricas sobre la función de las normas jurídicas en la sociedad contemporánea, (relación derecho positivo y sociedad); 3) el derecho en formación, el derecho visto desde una perspectiva de futuro, para proporcionar al legislador de información para la modificación y perfeccionamiento de las leyes.¹⁸

Elías Díaz, ha clasificado los temas de la sociología jurídica de la siguiente manera:

1) *interrelación entre derecho positivo y sociedad*: en éste primer nivel el autor comprende:

a) constatación del derecho realmente vivido en una sociedad, diferenciando acá, el derecho formalmente válido y el derecho eficaz (el realmente vivido), constatando que éstos, pueden no coincidir. Tratándose del derecho eficaz, el autor plantea distinguir el derecho aplicado por el órgano judicial, del derecho realmente observado por la sociedad, buscando las investigaciones analizar las coincidencias o no, de una y otra forma de eficacia y la conexión entre esta y el derecho válido. *“La sociología jurídica trataría de explicar dentro de este tema – y a través, claro está, de las correspondientes investigaciones empíricas- las causas que impiden, o que exigen, que una normatividad vivida en la sociedad no llegue a alcanzar vigencia jurídica, así como las causas de la no aceptación social del derecho vigente o de la no aplicación de sanciones a los*

¹⁸ DIAZ, ELIAS “*sociología y filosofía del derecho*” editorial Taurus 1980, Madrid, página 195; el temas de la exposición del profesor Bobbio fue “*Método sociológico y derecho*”, Paris, Ed. Dalloz, 1959. cit. En la nota 52 de esa misma parte. Cfr. También de esos años, el volumen “*Droit, économie et sociologie*”, resultado del trabajo del VI coloquio (28-31 de mayo 1958) de las facultades de Derecho Ciencias Económicas de la Universidad de Toulouse, publicado por Ed. Dalloz, Paris, 1959 (Págs. 17-127, dedicadas a la sociología jurídica)

transgresores del mismo; es decir, los motivos del desuso de las normas jurídicas en general y de ciertas normas jurídicas en concreto"¹⁹.

b) Análisis del substrato sociológico de un sistema jurídico: el estudio de los factores sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, entre otros, que influyen en el nacimiento, conservación, transformación y destrucción del derecho vigente. En este sentido ha señalado el autor *"si el derecho es en su base un producto social, producto de una determinada situación de fuerzas, intereses y valores actuantes en una sociedad, cabría preguntar e investigar ¿Qué tipo y que grado de sincronización existe entre cambio social y cambio jurídico*"?²⁰

c) Análisis de la influencia del derecho sobre la realidad social: acá la sociología estudia el derecho como fuerza de cambio o de conservación del orden social existente. *"Desde la legalidad, desde las normas y la coacción que las acompaña, se pueden, pues, producir cambios en la realidad social o se puede impedir, al menos frenar esos cambios. Todo cambio social se consolida y fortalece cuando es legalizado; y además genera desde ahí nuevos cambios sociales y también jurídicos*"²¹

En este primer nivel expuesto (y los tres temas que lo comprenden) se relaciona sociología y ciencia jurídica, en este sentido las dos investigan el sistema jurídico, pero con una distinta impronta. La sociología con la impronta de que el derecho es un producto social y la ciencia del derecho lo estudia con la de ser un fenómeno preferentemente normativo.

2) Interrelación entre valores jurídicos y realidad social: en este segundo nivel, la sociología jurídica estudia la relación entre sociedad y valores jurídicos, el autor resalta la diferencia que en este contexto existe respecto de la filosofía del derecho, pues ésta analiza el tema de los valores en si mismos, formulando juicios valorativos respecto de las normas, enjuiciándolas en cuanto a la justicia misma de la norma. En cambio la sociología se enfrenta al análisis de estos valores mirándolos como hechos, buscando solamente investigar la existencia o no de ciertos valores, analizando el substrato sociológico de esos valores y sus consecuencias de hecho. Los temas de la sociología jurídica en este segundo nivel serán:

¹⁹ DIAZ, ELIAS *"sociología y filosofía del derecho"* editorial Taurus 1980, Madrid, página 202.

²⁰ Ib ídem, página 203.

²¹ Ib ídem página 204.

a) constatación de los valores jurídicos aceptados en una sociedad: los valores jurídicos aceptados por los individuos, los institucionalizados por las normas jurídicas y los que se manifiestan en el actuar de los órganos del estado. Buscando investigar las conexiones y desconexiones que entre ellos exista, acá también señala el autor correspondería realizar investigaciones tendientes a analizar el prestigio del derecho en una sociedad.

b) análisis de substrato sociológico de los valores jurídicos: el estudio de los factores sociales e individuales que determina la aceptación o rechazo de ciertos valores jurídicos, esto claramente –señala el autor- vinculado a la sociología del conocimiento y a la sociología de las ideologías.

c) análisis de las influencias de los valores jurídicos sobre la realidad social: acá correspondería analizar los efectos del derecho positivo inspirado en ciertos valores jurídicos, aquí señala que debería estudiarse los aspectos relativos al origen sociológico del derecho natural.

El profesor Renato Treves ha sido un fiel promotor de las investigaciones empíricas, dando a estas una relevancia mayor. En este sentido ha señalado, *“La investigación sociológica jurídica puede hacerse para fines prácticos de la legislación o la jurisprudencia o para fines teóricos cognoscitivos, propios de las sociologías particulares”*²². Ahora bien, en cuanto a los temas de la sociología jurídica este autor ha señalado que se debe distinguir entre la parte general, que interesa a los sociólogos y en la cual prima un interés teórico, de la parte especial que interesa a los juristas y en ella prima un interés por la investigación empírica.

En la parte general ubica los siguientes temas: a) la definición del derecho y de su posición en la sociedad; b) comprensión del sistema jurídico en su dimensión social; y c) análisis de las relaciones entre derecho y cambio social.

En la parte especial ubica las investigaciones relativas a los siguientes temas: a) profesiones jurídicas; b) producción de las normas jurídicas; y c) opinión y actitudes de la sociedad hacia las normas y las instituciones jurídicas.

Luego en cuanto a la realización misma de las investigaciones, y a como se relacionan la sociología y el derecho ha señalado que *“el encuentro entre estudiosos de tipo distinto es*

²² TREVES, RENATO, *“Introducción a la sociología del derecho”* editorial Taurus Ediciones S.A. Madrid 1.978, traducido al español por el profesor Atienza, Manuel, página 150

preferible a la tesis de la doble preparación, porque esta hipótesis no puede nunca realizarse de manera completa en cuanto que, si bien es posible encontrar un estudioso que haya logrado alcanzar una preparación técnica de igual nivel en el campo del derecho y en el de la sociología, es prácticamente muy difícil encontrar un estudioso en el que las dos mentalidades, la del sociólogo y la del jurista estén conjuntamente fundidas de manera completa”²³. Luego ha señalado que tratándose de los temas propios de la parte general, la relación entre sociólogo y jurista es de igualdad, y tratándose de la parte especial, el sociólogo estaría subordinado al jurista, para efecto de llevar a cabo las investigaciones que indica en una y otra parte.

Por último el profesor Ramón Soriano plantea de la siguiente manera los temas de la sociología jurídica: 1º una parte general de la sociología: a) perspectiva histórica de la sociología del derecho (parte histórica); b) normatividad social y derecho (parte sistémica); c) Sociología general y derecho (parte sistémica); d) Metodología de la investigación sociológico jurídica (parte metodológica). 2º una parte especial que comprende: a) sociología general del ordenamiento jurídico, estaría seria una parte común a todas las ramas del ordenamiento jurídico; b) sociología particular del ordenamiento jurídico, esta parte corresponde a las sociologías de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico; c) sociología de las profesiones jurídicas.²⁴

²³ TREVES, RENATO, “*Introducción a la sociología del derecho*” editorial Taurus Ediciones S.A. Madrid 1.978, traducido al español por el profesor Atienza, Manuel, página 150

²⁴ SORIANO, RAMÓN, “*Sociología del Derecho*”, editorial Ariel S.A. 1.997, Barcelona, Pág. 37 y 38.

4-. Algunos Obstáculos que ha tenido que enfrentar la sociología jurídica para constituirse como saber acerca del derecho

La sociología jurídica en tanto saber acerca del derecho no ha estado exenta de críticas, ha generado entre los juristas las más diversas reacciones, hay autores que señalan que es entre los juristas en donde la sociología jurídica encuentra los principales críticas y oposiciones para constituirse como saber válido y autónomo, para la mejor comprensión del fenómeno jurídico. Nos parece necesario detenernos en este tema, pues, evidentemente, no podemos evitar el análisis de las críticas que se le han formulado. En esta línea nos referiremos a tres aspectos: la supuesta incompatibilidad entre concepción normativa del derecho y la sociología jurídica, en un segundo lugar, a la imposibilidad de derivar normas de hechos y en tercer lugar, nos referiremos al obstáculo político de la sociología jurídica.

4.1 Supuesta incompatibilidad entre concepción normativa del derecho y sociología jurídica.

Definir derecho es labor de gran complejidad, qué mejor demostración de ello la gran cantidad de conceptos de derecho diversos que se han formulados a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, la ardua y compleja labor de exponerlos y explicarlos no es objeto de este trabajo. Lo que si nos interesa expresar es que en el ámbito de la filosofía del derecho, (principal saber en torno al derecho que se ha avocado a dar un concepto del mismo), prima actualmente la concepción que lo considera un fenómeno normativo.

En este contexto encontramos el normativismo extremo, corriente de pensamiento²⁵ que así lo plantea con exclusividad y absolutismo, pues analiza el derecho solamente desde una perspectiva formalista, siendo la aproximación lógica-dogmática, de la ciencia jurídica hacia las normas jurídicas, la única aproximación válida y, por ende, excluye de la ciencia jurídica categóricamente toda referencia a otros elementos, distintos a la norma jurídica, que formen parte del fenómeno jurídico y otras formas intelectuales de aproximación a éste.

Evidentemente estas concepciones normativistas extremas serían un gran obstáculo para la joven sociología jurídica, pero antes de exponer las razones de porque en cierto

²⁵ Entre estas corrientes de pensamiento, encontramos las ya expuestas anteriormente, a propósito del origen de la sociología en su versión mas contemporánea, que el profesor Treves en su estudio de la histórico de la sociología jurídica las identifica con la sociología del derecho de los juristas; formalismo legal, formalismo jurisprudencial y formalismo conceptual

modo tenían razón, debemos destacar que también existen autores que consideran al derecho como un fenómeno no exclusivamente normativo, sino que preferentemente normativo, es decir, la norma es el eje central del estudio del derecho pues sólo podemos hablar de derecho en la medida de que estemos ante normas. Estas no son su único elemento, pero sí el determinante, reconociendo la existencia de otros elementos del derecho, cuyo estudio es necesario para la cabal comprensión de él, en este sentido, el profesor de nuestra casa de estudio, Agustín Squella, ha señalado *“los tres elementos del fenómeno jurídico –normativo, fáctico y valorativo-, cuya identificación permite, según se dijo una comprensión cabal y no fragmentaria del derecho positivo, no deben ser colocados en un mismo pie de igualdad, como ocurriría, por ejemplo, si se afirmara que el derecho es norma, conducta y valor. Por el contrario, una mirada atenta sobre el derecho y una percepción más exacta sobre la forma en que se articulan los tres elementos antes señalados, permite apreciar una evidente preponderancia del elemento normativo, en cuanto los hechos y las conductas constitutivos del elemento fáctico, así como las diversas modalidades de presentación del elemento valorativo, presuponen, según fue mostrado, la previa existencia de un ordenamiento jurídico positivo, esto es, de un conjunto de normas, por referencia al cual y las cuales tales hechos, conductas, valores y valoraciones pasar a tener una efectiva y propia significación jurídica.”*²⁶ Este tipo de concepciones normativas, y mejor dicho, preferentemente normativa, que son las que hoy predominan son compatibles con una sociología jurídica en tanto saber sobre el derecho.

Señalamos que es comprensible que la sociología jurídica, ahora más específicamente, los planteamientos de ciertos autores en torno a ella, sean incompatible con las concepciones normativistas del derecho, para fundamentar lo dicho, nos valdremos de las explicaciones que ha dado el autor español Elías Díaz²⁷ quien señala que es necesario distinguir entre sociología jurídica y sociologismo jurídico, pues en estricto rigor la incompatibilidad existe entre el normativismo extremo y el sociologismo jurídico.

El sociologismo jurídico se ubica en una etapa inicial de la sociología jurídica y entre los autores y escuelas que participaron de él se encuentran principalmente Rudolf von

²⁶ SQUELLA, AGUSTÍN, *“Introducción al Derecho”*, Editorial Jurídica De Chile, Santiago, 2000, página 208

²⁷ Cabe destacar que también han adherido a esta distinción autores como Luís Legaz y Lacambra en su libro *“concepto y función de la sociología jurídica”* y autores como Antonio Hernández Gil *“Sociología del derecho y sociologismo jurídico”*, también el profesor Renato Treves pero ellos al sociologismo jurídico -de Elías Díaz- lo denominan jurisprudencia sociológica

Ihering, la escuela del derecho libre alemana y el realismo jurídico estadounidense, es una tendencia doctrinal de fines del siglo XIX caracterizada por buscar imponer su enfoque de que el derecho es un hecho social, planteándose derechamente antinormativista. Creemos ver acá una extralimitación del objetivo de buscar atenuar la perspectiva de análisis extremadamente normativista y formalista del derecho, para situarse en el extremo exactamente opuesto.

Por su parte la sociología jurídica se diferencia del sociologismo jurídico en que ella estudia las relaciones derecho y sociedad, sin atentar contra la concepción preferentemente normativa que rige en el trabajo de la ciencia jurídica, es más, adhiere a ella pues el elemento fáctico del derecho en el cual la sociología jurídica centra sus labor científica, sólo cobra sentido en la medida que éste se conecta con el ordenamiento jurídico. Luego, reconociendo que el elemento normativo es el elemento distintivo, determinante y por tanto preferente del derecho, la sociología jurídica estudia otro elemento del derecho, el fáctico, o bien, las normas en su relación con la sociedad.

El plantear –por el sociologismo jurídico- que el derecho es un hecho social y no un fenómeno normativo, ha traído como consecuencia además del interesante debate doctrinal al respecto, la necesidad de diferenciar a la sociología jurídica, de la ciencia jurídica, en tanto distintos saberes respecto al derecho y determinar claramente cuál es la perspectiva de análisis que adoptan una y otra ante el derecho, sus distintos objetos y sus diversos métodos. Ello, pues, en rigor la ciencia del derecho no podría oponerse a otros tratamientos científicos del derecho, pero si se ha opuesto, con justicia, a que bajo su nombre se emitan estudios que en estricto rigor son de la sociología jurídica, o bien, del sociologismo jurídico, es decir, más que a la sociología jurídica se oponen a que ésta la integre, o bien a que ésta pretenda llamarse la verdadera ciencia del derecho. Todo ello pues el derecho, en tanto fenómeno complejo y objeto de conocimiento, se presenta a la atención del hombre de diversas maneras, por ello es posible que se adopten distintas perspectivas para analizarlo, diferenciadas por el aspecto del derecho en específico que se pretenda aprehender, por ello distintos saberes se han constituido respecto de él. Sin embargo, adherimos a la postura del profesor Squella en torno a las relaciones que deben formularse entre los distintos saberes *“cada saber acerca del derecho, por lo mismo, sin renunciar a la perspectiva que adopta ni a los métodos que convengan a esa perspectiva, no puede vivir ni*

desarrollarse a espaldas de los demás saberes y debe mantener siempre un ojo puesto en los avances que en esos otros saberes vayan produciéndose, porque de ello dependerá también el afinamiento y el progreso de su propia perspectiva y métodos”²⁸

En este contexto recordaremos al profesor Carlos Cossio quien ha señalado que: *“El problema de deslindar los campos de la jurisprudencia dogmática (ciencia jurídica) y de la sociología jurídica no es ni dogmático ni sociológico; como todo problema de deslinde de ciencias fundamentales es un problema filosófico”²⁹*

Creemos que es bastante ilustrativo al respecto, el texto de Hans Kelsen *“Una fundamentación sociológica del derecho”* en el cual el jurista austriaco crítica enérgicamente la obra de Eugen Ehrlich -quien como lo hemos señalado, fue un fiel seguidor y defensor del programa del movimiento del derecho libre alemán y es considerado por muchos como el maestro de la sociología jurídica- *“Fundamentación de la sociología del derecho”*, al finalizar el texto señalado Kelsen concluye *“se debe considerar completamente frustrado, sobre todo como consecuencia de una falta de claridad en el planteamiento de los problemas y de una ausencia de método preciso, lo que se desprende de sus explicaciones caóticas y contradictorias no es ciertamente otra cosa que el lugar común aceptado –que Ehrlich enfatiza en el prólogo y que representa el sentido de su obra- a saber el enunciado que afirma que lo esencial del desarrollo jurídico radica en la sociedad. ¡Naturalmente!. ¡Desde luego que el desarrollo jurídico completo se realiza como proceso social en la sociedad! Sólo que las pretensiones que Ehrlich atribuye a la ciencia fundada por él deben ser en parte rechazada cuando Ehrlich afirma que en ese enunciado “está contenido el sentido de toda fundamentación de una sociología del derecho”, puesto que eso sería tan elocuente como aprehender el sentido de toda biología a través del enunciado que dijera que el desarrollo de los organismos radica en la naturaleza”³⁰*. Como se puede claramente deducir las críticas que Kelsen formula a los planteamientos de Ehrlich son bastante categóricas y éstas se dirigen en variadas direcciones.

²⁸ SQUELLA, AGUSTÍN, *“Filosofía del derecho”* editorial Jurídica de Chile, 2003, página 191

²⁹ COSSIO, CARLOS, en *“estudios jurídicos y sociales”*, en homenaje al profesor Luís Legaz Y Lacambra Universidad Santiago De Compostela, 1960 Vol. 1, Pág. 259-322: en DÍAZ ELIAZ, *“sociología jurídica y concepción normativa del derecho”* texto página 80.

³⁰ KELSEN, HANS, *“Una fundamentación de la sociología del derecho”* en Revista DOXA. Volumen 12 (1992), pp. 213-256. traducido al español por Adolfo Barberá, pág. 254

Por lo que a nosotros nos interesa señalar, esto es, la confusión que se crea en los inicios de la sociología jurídica en torno a su objeto y su pretensión de exclusivo saber válido respecto al derecho, nos centraremos en el pensamiento de Ehrlich en torno a que la sociología jurídica es la “verdadera ciencia del derecho”, y su crítica a la ciencia del derecho por encontrarse desinteresada de lo práctico y no formular un concepto científico del derecho, señalando que la ciencia del derecho debe tener como principal cometido el conocimiento del funcionamiento eficaz del derecho. Se trata de saber no cuál es el derecho ideal o cual es el derecho conforme al cual se debe actuar, sino cuál es el derecho de hecho, en este sentido, no se debe ocupar de las palabras sino que de los hechos, éste es en resumen uno de los planteamiento de Ehrlich³¹ que queremos confrontar con la respuesta que a ello ha dado Kelsen.

Ante tales afirmaciones Kelsen responde, señalando la necesidad de entender que el derecho no sólo admite una forma de consideración, sino que una doble forma de consideración *“Se puede considerar el derecho como norma, es decir, como una forma determinada de deber-ser en tanto que regla específica de deber ser y, en consecuencia, constituir la ciencia del derecho como una ciencia valorativa, normativa y deductiva, como la ética o la lógica. También se puede intentar, sin embargo, concebir al derecho como una parte de la realidad social, como un hecho o proceso cuya regularidad puede ser aprehendida inductivamente y explicada causalmente. El derecho es aquí una regla de ser referida a un determinado comportamiento humano, mientras que la ciencia del derecho es una ciencia de la realidad que funciona según el patrón de las ciencias naturales. Con ello no se discute, desde luego, hasta que punto dicha ciencia también es como tal una ciencia social.”*³²

Luego, la ciencia del derecho adopta la primera de las formas de consideración del derecho señaladas, es decir se enfrenta al estudio del derecho considerándolo como una forma de deber-ser, es decir, la ciencia del derecho atiende al derecho en tanto fenómeno normativo, atiende a lo que debe-ser conforme a derecho.

³¹ también son bastantes difundidas sus definición de “derecho vivo” y su crítica a la relación derecho-estado, cuyos fundamentos también son rebatidos enérgicamente por Kelsen en el señalado texto, cuya lectura es, por cierto, recomendable.

³² KELSEN, HANS, *“Una fundamentación de la sociología del derecho”* en Revista DOXA. Volumen 12 (1992), pp. 213-256. traducido al español por Adolfo Barberá, pág. 214

La sociología del derecho, en cambio, considera el derecho de la segunda forma, es decir, en tanto determinada forma de ser, atiende al derecho que es, mas no al derecho que debe ser.

Lo que debe ser conforme a derecho, conforme a lo prescrito por la norma jurídica, en tanto categoría de deber-ser, es distinto a lo que de hecho sucede, a lo que es, si bien ello puede coincidir, como sucede tratándose del derecho consuetudinario, éste es sólo una fuente determinada de derecho.

Kelsen distingue la ciencia del derecho entendida como ciencia normativa, que estudia las reglas del deber ser, de la sociología jurídica entendida como ciencia natural que describe los hechos del ser, los comportamientos efectivos de los hombres en el ámbito del ordenamiento jurídico.

En definitiva, el no entender estas dos distintas formas de consideración que admite el derecho, tan claramente planteadas por Kelsen, se constituye como principal obstáculo del pensamiento de Ehrlich. Pretender que la única ciencia del derecho válida es la sociología del derecho, pues ésta se ocupa de lo que en los hechos sucede y no sólo de lo que debe ser conforme a derecho, es una pretensión que reduce el estudio del derecho sólo a su dimensión fáctica y confunde, de tal manera que no entiende que el objeto de la ciencia del derecho y el de la sociología del derecho son distintos, y que por ende tienen métodos, y finalidades distintas, tanto una como la otra son necesarias para una mejor comprensión del fenómeno jurídico, no se puede criticar a la ciencia del derecho por encontrarse apartada de la realidad, pues ésta nunca ha pretendido ser una explicación de la realidad, la sociología del derecho puede situarse de tal modo en la banca de las ciencias del derecho, pero no puede ostentar constituirse como “la ciencia del derecho

Luego en relación a la concepción normativa del derecho Kelsen dice *“la delimitación del dominio de esta sociología del derecho debe llevarse a cabo a través de un concepto cuya determinación viene dada a partir de un punto de vista completamente diferente del de una sociología explicativa, a saber a través del concepto normativo del derecho. La sociología del derecho no puede delimitar lo que es el derecho o al origen y efecto de qué normas debe limitarse dicha forma de conocimiento; la sociología del derecho debe presuponer el concepto normativo de derecho. Ahora bien, dado que es el concepto normativo de derecho el que delimita los problemas de la sociología del derecho,*

*los límites de ésta deben aparecer como arbitrarios desde el punto de vista de la ciencia de que la sociología del derecho es una rama, a saber la sociología”*³³.

Así las cosas, Hans Kelsen, jurista austriaco comúnmente ubicado entre los juristas formalistas, no se opuso a una sociología jurídica, si se opuso y éste texto es ilustrativo al respecto, a lo que Elías Díaz y otros autores denominarían el sociologismo jurídico, pues Kelsen no sólo no se opuso a la formación y fortalecimiento de este saber respecto del derecho sino que contribuyó a su fundamentación,

Ahora bien, es necesario antes de concluir este título, para ser justos, exponer los aportes que las señaladas tendencias del normativismo extremo y sociologismo jurídico han reportado al pensamiento jurídico

Entre los aportes del normativismo extremo: contribuyó a avanzar en poner fin a la inseguridad jurídica del siglo XVIII y sus consecuentes arbitrariedades, y en este sentido es que sirvió de base al estado liberal de derecho y al constitucionalismo. Junto a ello, es el antecedente de la concepción preferentemente normativa del derecho que hoy prima y ha colaborado a la formulación rigurosa de conceptos e instituciones jurídicas, y a la formación de una ciencia jurídica, que trabaja con criterios estrictamente dogmáticos sin que sobre ellos prevalezcan criterios sociológicos, ni filosóficos.

Los aportes del sociologismo radican en que, a pesar de sus excesos, logra dirigir los estudios del derecho ya no sólo a la norma, sino que también a la realidad de la norma, poniendo con ello de manifiesto la necesidad de analizar el fenómeno jurídico con una visión más amplia que comprenda a la norma en su relación con la sociedad. Es el antecedente de la sociología jurídica, que dejando atrás su pretensión de exclusivismo y de ciencia jurídica, se constituye como un saber respecto del derecho autónomo, y que no atenta contra el básico postulado de que lo identificador del derecho es la norma jurídica.

Por último, la incompatibilidad aludida existe entre estas dos últimas corrientes de pensamiento –sociologismo jurídico y normativismo extremo- más no entre las mencionadas concepciones -preferentemente normativa del derecho y la sociología jurídica-. Por ello el título que antecede a este tema hace referencia a una supuesta incompatibilidad. Terminaremos citando al profesor Elías Díaz quien concluye

³³ KELSEN, HANS, “Una fundamentación de la sociología del derecho” en Revista DOXA. Volumen 12 (1992), pp. 213-256. traducido al español por Adolfo Barberá, pág. 254

“afirmación de una sociología jurídica que no termina en sociologismo jurídico y afirmación, a la vez, de una concepción normativa del Derecho que no termine en normativismo formalista; la superación del sociologismo jurídico y del normativismo formalista supone así una síntesis real, una mediación entre el hecho y la norma; el primero, objeto de la sociología del derecho; la segunda, objeto de la ciencia jurídica <estricto sensu> (dogmática jurídica). La mediación hecho-norma supone el reconocimiento de una interconexión entre ambas, de una mutua determinación: el hecho social determina la norma (esto parece olvidado por el normativismo formalista); pero, a su vez, la norma determina el hecho (y esto parece olvidarlo el sociologismo jurídico); carecen de sentido las autonomías fraccionadas de la realidad, tanto la autonomía total del derecho como la autonomía total de la sociedad; lo que hay es una mutua determinación, síntesis real, mediación entre ambas. La concepción normativista de derecho, como concepción filosófica, significa así, por un lado, afirmación de que el objeto propio de la ciencia jurídica < stricto sensu> son las normas (dogmática jurídica); por otro, necesidad de conexionar la norma con el hecho, el derecho con la sociedad (sociología jurídica).³⁴

Desde una perspectiva contemporánea, este tema se vincula a la polémica metodológica respecto del estatuto científico de las ciencias sociales. La solución separatista expuesta anteriormente, es decir la solución a la que llegan los autores en torno a delimitar el ámbito de la sociología jurídica para diferenciarlo y conciliarlo con el ámbito de la ciencia jurídica y con el de la filosofía del derecho, se encuentra íntimamente vinculado a las críticas formuladas contra la epistemología positivista. Ello porque, el planteamiento de que la sociología del derecho se avoca a los hechos del derecho (delimitando de tal modo su objeto de estudio y diferenciándola de la ciencia jurídica), implica desde una impronta positivista, la estricta observación de los hechos, el atenerse únicamente a los hechos de la realidad- con la consiguiente sacralización de lo “ontológicamente dado”, lo cual, en el ámbito de la sociología jurídica no sólo produce aquel ya conocido efecto reduccionista de la comprensión de los fenómenos sociales atribuible al método positivista, sino que además provoca la irreconciliable separación entre sociólogos y juristas, entre ciencia del derecho y sociología jurídica, lo cual ha sido

³⁴ DÍAZ ELIAZ, “sociología jurídica y concepción normativa del derecho”, Madrid, en Revista de Estudios Políticos, año 1965, Número 143, página 96

identificado como una de las grandes razones del porque la sociología jurídica aún no logra penetrar a las escuelas de derecho.

Desde la impronta del “análisis sociológico de los sistemas jurídicos,” comprendido por metodologías más modernas de análisis de fenómenos sociales, como la proveniente del análisis sistémico como proyecto interdisciplinario y constructivista, no se produce ésta separación estricta de los hechos y del derecho, sino que se constituye una propuesta de investigación que comprende el análisis del fenómeno jurídico como sistema, la confluencia de distintas especialidades y el entendimiento entre ellas, es la nota más características, -la interdisciplinariedad-.

4.2 Imposibilidad de derivar normas de hechos.

Este obstáculo también se relaciona con planteamientos que desde los inicios de la sociología jurídica se formularon para efectos de fundamentarla y específicamente para plantear sus funciones, los cuales también provocaron una fuerte reacción desde la ciencia jurídica y desde la filosofía del derecho.

Dicho planteamiento es, en resumen, el siguiente “desde las comprobaciones sociológicas se deben generar normas jurídicas“, o bien, que “las normas derivan de los hechos”.

Estas críticas que se han formulado, parten de la base de que una de las funciones de la sociología jurídica, es la de crear normas, es decir, que el legislador en virtud de estudios sociológicos se debe ver en el imperativo de crear normativa.

Recurriremos nuevamente, para efectos de ilustrar este obstáculo al pensamiento de Eugen Ehrlich *“equivocadamente se cree hoy por muchos –afirma Ehrlich en un artículo que sintetiza su pensamiento- que todo derecho es producto del estado con sus leyes. La mayor parte del derecho tiene su origen inmediato en la sociedad en cuanto ordenamiento interno de las relaciones sociales, del matrimonio, de la familia y de las corporaciones, de la posesión, de los contratos, de la sucesión, y nunca se ha visto reducido a normas jurídicas. Es por eso falso cuanto cree la mayoría: que las instituciones sociales como el matrimonio, la familia, la corporación, la posesión, el contrato, la sucesión han sido introducidos mediante leyes. Con las leyes no se crea más que instituciones estatales, pero la mayor parte de las disposiciones jurídicas no se originan en la ley, sino en el derecho*

*judicial de los juristas; ellos pues, preceden a la ley, no son su consecuencia...Las disposiciones que regulan el matrimonio y la familia presuponen la existencia del matrimonio y la familia; las que regulan la posesión no habrían podido desarrollarse sin un cierto ordenamiento de la posesión, ni las relativas a los contratos antes de que se hubieran determinado los correspondientes contratos.”³⁵ Ante dichas afirmaciones, Kelsen en el texto que venimos citando, contra- argumenta” *¡nunca un hombre razonable ha sostenido que las normas jurídicas preceden temporalmente a los hechos que son calificados jurídicamente por aquellas! Sólo lógicamente debe ser presupuesta una norma jurídica en el caso de que un supuesto de hecho deba tener un significado jurídico... ¿por qué está alguien jurídicamente obligado a hacer lo que ha prometido hacer a otro, es decir, por que debe tal persona comportarse, conforme al derecho de tal forma? ¡Esta pregunta se refiere al fundamento de conocimiento de dicho juicio de deber ser y no a su causa temporalmente previa! Sólo en la medida que la promesa dada y aceptada es pensada como condición de un deber-ser, constituye tal promesa un contrato vinculante. ¡Y dicho deber- ser no puede percibirse como un hecho-de-ser- como hecho del contrato- ni deducirse a partir de juicios de ser! Sólo cuando presuponemos un enunciado que declara que bajo circunstancias determinadas personas deben comportarse de una determinada forma, es decir, sólo en la medida en que se presupone una norma, puedo llegar a mantener la existencia de una obligación y, con ello, suponer la existencia de un contrato vinculante”³⁶ Creemos que la elocuente respuesta de Kelsen no necesita explicación, al parecer es de aquellos casos en que lo justo es citar no obstante su extensión. A mayor abundamiento y yendo al fondo del tema, “Esto podría ser correcto en la medida en que el derecho y las relaciones jurídica vinieran expresadas por un hecho, es decir, en la medida en que se expresara una relación entre un hecho y una norma jurídica. Sin embargo, la norma jurídica es derecho sin necesidad de tener que referirla a un hecho concreto. Un hecho nunca es derecho o relación jurídica precisamente porque, en tanto que ser, es un hecho dado, valorativamente indiferente entre si, carente de significado en la medida en que no es puesto en relación con una norma, es decir, con un valor objetivo, en otras palabras en la medida en que un estado de cosas no es pensado bajo la forma del ser sino**

³⁵ TREVES, RENATO, “Introducción a la sociología del derecho” editorial Taurus Ediciones S.A. Madrid 1.978, traducido al español por el profesor Atienza, Manuel, página 60; EUGEN EHRLICH, “Libre investigación del derecho y libre ciencia del derecho” 1903, Leipzig, página 3.

³⁶ KELSEN, HANS, “Una fundamentación de la sociología del derecho” en Revista DOXA. Volumen 12 (1992), pp. 213-256. traducido al español por Adolfo Barberá, pág. 224-225

bajo la del deber ser. Por ello no es sólo incorrecto, sino contradictorio respecto a la concepción (errónea) expresada líneas arriba por Ehrlich, el hecho de que este afirme: “aquí (es decir, en los hecho) también hay que buscar el lugar donde se fragua el derecho”.³⁷

Este obstáculo, al igual que el anterior dice relación con planteamientos que desde la tribuna de la sociología jurídica se han formulado y que chocan con planteamientos de la ciencia jurídica y de la filosofía jurídica, ahora bien lo cierto es que en este punto, como se ha podido advertir, se relaciona con las concepciones ius naturalistas del derecho y específicamente con las críticas que se han formulado desde el positivismo jurídico a ellas, pues uno de los principios del ius naturalismo es que el derecho que no se ajusta a las normas del derecho natural no es derecho, la semejanza se encuentra en que desde el sociologismo jurídico se ha planteado que el derecho que no se ajusta a la realidad, el derecho que no es efectivamente vivido por la sociedad no es derecho, confundiendo validez con eficacia, conceptos tan claramente desarrollados por la ciencia jurídica.

En definitiva este modo de fundamentar la sociología jurídica y de plantear su función, viene a repercutir en el rol que tendrá la sociología jurídica en la labor del legislador, pero lo cierto es que la labor legislativa no consiste en algo tan simple como es emitir normativa a partir de determinados hechos, es más *“es racionalmente imposible que la norma pueda deducirse de los hechos, pues la norma implica un juicio de valor sobre ellos, que sólo puede ser emitido en virtud de un criterio que sea exterior a ellos”*³⁸, a ello, que es el argumento que veníamos desarrollando apoyados por las elocuentes palabras de Kelsen, y que consideramos es el argumento de fondo, sumamos un segundo argumento que dice relación con que la labor del legislador es más compleja, lo cual será tratado en un título posterior, pero si adelantamos que dicha complejidad es consecuencia de los distintos aspectos que comprende el razonamiento jurídico del legislador.

³⁷ Ib ídem, página 231

³⁸ CARBONNIER, JEAN *“Sociología Jurídica”* editorial Tecnos Madrid 1972, traducido por Luís Díez Picazo, página 236

4.3 Obstáculo político.

El obstáculo político que tiene que enfrentar la sociología general, y también las sociologías especializadas, como es el caso de la sociología jurídica, dice relación con la existencia de condiciones políticas que le permitan realizar su labor sin censuras y no sólo ello, sino además que el producto de su trabajo científico, sea considerado y valorado por las instancias de poder que correspondan. Es decir, los episodios oscuros, las dictaduras, que han tenido que enfrentar distintos países, como el nuestro entre los años 1.973 y 1.989, se constituyen como verdaderos obstáculos al desarrollo y proliferación de ésta joven ciencia.

En el caso de la sociología jurídica práctica, las instancias de poder llamadas a considerarla y valorarla están constituidas fundamentalmente por el congreso nacional - estudios sociológicos jurídicos en etapas de creación de la ley-, por el poder judicial - estudios sociológicos jurídicos en etapas de aplicación de la ley-, y por el ejecutivo - estudios sociológicos jurídicos en etapas de implementación de la ley-.

La labor de la sociología jurídica en las distintas áreas señaladas, si bien se limita a la constatación empírica de la realidad y no a emitir meras opiniones de la realidad, (que es lo que lamentablemente muchas veces vemos bajo el título “estudio sociológico”), requiere ser considerada y valorada, para la innovación y modernización del sistema jurídico, dicha valoración la relacionamos con las pretensiones democráticas de un gobierno. En palabras del profesor Soriano *“la sociología del derecho, como cualquier otra rama de la sociología, encuentra su caldo de cultivo en los países avanzados y democráticos. La sociología empírica suela ser cara y son estos países los que disponen de fuentes de financiamiento adecuados; también los sistemas democráticos disfrutan de las libertades necesarias para la promoción de estos estudios; en tanto que los sistemas autocráticos no sólo no les interesan los trabajos socio jurídicos, sino que temen los efectos de su impacto en la opinión pública”*.³⁹

³⁹ SORIANO, RAMÓN, *Sociología del Derecho*, editorial Ariel S.A. 1997, Barcelona, Pág. 16

5 -. Funciones de la Sociología Jurídica

En este título nos referiremos a las funciones de la sociología jurídica, distinguiendo su función teórica de su función práctica, enfocaremos nuestro estudio en esta última.

5.1 Función teórica:

La función teórica de la sociología jurídica se relaciona en primer lugar con el conocimiento del derecho, en este sentido *“muchos juristas sólo le piden a la sociología jurídica que satisfaga su curiosidad, su necesidad de saber cómo pasa las cosas en la realidad....le corresponde restituir a plena luz, la importancia del derecho cotidiano y casi inconciente, del derecho no contencioso, la extraordinaria diversidad de las prácticas y de los asuntos, la inmensa in- efectividad de las leyes. La nueva disciplina ha cumplido desde sus comienzos esta función de documentación y de información de los juristas, de manera espontánea. Y con ello la ilustración de ciertas instituciones ha sido transformada”*⁴⁰

En segundo lugar se relaciona con la explicación del derecho, es decir no sólo constatar los fenómenos jurídicos sino que además explicarlos, chocando en este punto con una clásica controversia en torno a la posibilidad de que desde la esfera de las ciencias sociales se emitan leyes causales semejantes a las de la física o de la química, argumentándose en contra de ello principalmente el carácter único de los fenómenos sociales y la indeterminación de éstos, *“es posible que esta parte de indeterminación, que se encuentra notoriamente en todas las ciencias sociales, se amplíe en la sociología jurídica a causa de los caracteres propios del derecho. En efecto, ¿de dónde viene esta indeterminación? Unas veces procede del hecho de que los fenómenos jurídicos están imbricados en fenómenos de ideología, y obedecen a una causalidad oscura, cuando no impenetrable; y otras veces-y sobre todo-, del hecho de que se encuentran en dependencia directa de la voluntad humana o del azar, dos nociones que pueden lanzar un desafío al determinismo”*⁴¹

No obstante ello, creemos que la función teórica de la sociología jurídica en definitiva dice relación con su aporte a una más amplia comprensión del fenómeno jurídico, avocando su quehacer al estudio de su dimensión fáctica del derecho.

⁴⁰ CARBONNIER, JEAN *“Sociología Jurídica”* editorial Tecnos Madrid 1972, traducido por Luís Díez Picazo, página 203

⁴¹ CARBONNIER, JEAN Ob. Cit, Pág. 206

5.2 Función práctica:

Como ya lo hemos señalado nuestro principal objeto de estudio está dado por la función práctica de la sociología jurídica, pues ella y sus métodos de investigación científica, están llamadas a hacer un aporte que contribuya, con sus estudios a la mejor comprensión y aplicación del derecho. Con esta afirmación no queremos por ningún motivo desvalorizar los estudios que desde la tribuna de esta ciencia se han creado con características más bien teóricas, pues sin duda que ellos son un aporte a la comprensión del fenómeno jurídico, éstos son los estudios que han predominado durante largos años.

A este respecto podemos encontrar en la sociología jurídica una sucesión de etapas similar a las que se han producido respecto a la sociología general, el profesor Ramón Soriano distingue tres etapas:

Una primera etapa excesivamente teórica dedicada a elucubraciones, sin comprobaciones empíricas en las cuales se emplea un método deductivo-racional.

Una segunda etapa dedicada al análisis empírico, que es la etapa de los sociólogos del derecho europeos, quienes tras la segunda guerra mundial inician estudios empíricos de las profesiones jurídicas, del proceso, la teoría, cuando la había, era demasiado estrecha y particularista y sólo servía para una comprensión superficial e insuficiente de los problemas jurídicos.

Una tercera etapa que es la actual, en la cual se trata de conjugar eficazmente teoría y práctica, la observación empírica de los fenómenos jurídicos con la teoría sociológica del derecho.⁴²

En la afortunada etapa en que estamos, distintas líneas de investigación se pueden crear, a nosotros la que nos interesa exponer en este trabajo es la que dice relación con los campos de investigación de la sociología del derecho en el proceso de creación y aplicación de las leyes.

En definitiva, previo al proceso de creación de una ley que estará destinada a regular un determinado aspecto de la convivencia social, resulta necesario que los legisladores, cuenten en el proceso de discusión y elaboración de normas con estudios sociológicos jurídicos que permitan conocer la realidad a regular, una especie de diagnóstico social, y así tengan herramientas para analizar cual será la manera más eficaz y

⁴² SORIANO, RAMÓN, *Sociología del Derecho*, editorial Ariel S.A. 1997, Barcelona, Pág.

realista de regularla. Es decir, el valorar los estudios sociológicos jurídicos como instrumento de la política legislativa. O bien, tratándose de una ley que ya está en vigor, estudios sociológicos jurídicos pueden contribuir a hacer una evaluación de cual es la recepción y efectividad de la nueva normativa aplicada.

Esto atribuye a las investigaciones que planteamos un carácter crítico que ha sido bastante controvertido a lo largo de la historia de la sociología general y sin duda que es una discusión que se traslada a la sociología del derecho. En efecto, se ha planteado que la sociología debe describir y explicar los fenómenos sociales sin formular juicios de carácter valorativo en torno a ellos, la *neutralidad valorativa*, Weberiana, en cambio hay otros autores que atribuyen a la labor del sociólogo un carácter fuertemente crítico; no sólo debe analizar, describir y explicar los fenómenos sociales, sino que también debe plantear propuestas o soluciones a los distintos problemas sociales a los que avoca su quehacer sociológico. Creemos que tratándose de la sociología del derecho en la etapa de creación de la ley, debe caracterizarse por ser informativa, aportando conocimiento a partir de datos que se han utilizado en la investigación, que permitan o contribuyan a que el contenido mismo de la ley, su diseño e implementación sea adecuado a las exigencias sociales. Y debe ejercer su función crítica y orientadora tratándose de la etapa de aplicación de la ley. *“De tal manera instruir al poder público en el primer caso, de la realidad que se pretende normar y en el segundo de la eficacia de la normativa que ya ha sido creada y que se está aplicando, así, incentivar la adopción de medidas tendientes a fortalecer la eficacia de derecho, sea eliminando normativa innecesaria, cambiando normativa, o bien creando regulación”*⁴³ para situaciones no previstas.

⁴³ SORIANO, RAMON, Ob. Cit, Pág. 41

6-. Relación entre sociología, legislación y razonamiento jurídico.

Cuando hablábamos de la función práctica de la sociología del derecho, señalamos que una de sus líneas de investigación son “los estudios sociológicos jurídicos en etapas de creación de la ley”, también señalábamos que, en nuestra opinión, en éste contexto los estudios tendrán un carácter principalmente informativo, cuyos objetivos, en definitiva, serán aportar datos que se extraigan de investigaciones serias y rigurosas, que influyan en el contenido mismo de la ley.

Es de nuestro interés, aportar a la fundamentación de la sociología en etapas de creación de la ley, en otras palabras, a la sociología como herramienta de política legislativa, de esta manera contribuir a su valoración. En esta línea trabajaremos con el profesor Agustín Squella, quien en su obra “Filosofía del Derecho” destina el capítulo V al tema “Razonamiento Jurídico”, en él creemos que hemos encontrado el fundamento que buscamos.

Primero que todo partiremos por una breve cita en torno a un concepto de razonamiento jurídico, razonamiento consiste en una *“serie ordenada de conceptos destinados a demostrar una cosa, a persuadir a otro, a dar base suficiente a una preferencia o decisión cualquiera”*⁴⁴, luego, el razonamiento jurídico es aquel que se refiere al derecho, *“derecho significa allí el ordenamiento jurídico en cuyo marco tiene lugar la argumentación jurídica y dentro de cuyos límites es posible también juzgar sobre la corrección de las conclusiones a que dicha argumentación se conduzca”*⁴⁵

Señala el profesor Squella la importancia de distinguir los distintos agentes de razonamiento jurídico, en este sentido distingue: el razonamiento jurídico del jurista, el razonamiento jurídico del legislador, el razonamiento jurídico de los abogados, el de los jueces y funcionarios de la administración de la justicia, el de los sujetos imperados, el de los mediadores u otros sujetos que intervienen en instancias alternativas de solución de conflictos y el del gobierno y la administración. Ellos si bien se desenvuelven y razonan jurídicamente en distintos ámbitos, lo cual genera una diferencia en las características de sus razonamientos, tienen en común que dicho razonamiento se vincula con el derecho.

Sus diferencias, entre otras, las encontramos en la distinción entre razonamiento práctico y razonamiento teórico, siendo el razonamiento del jurista de carácter teórico, en el

⁴⁴ SQUELLA, AGUSTÍN, “Filosofía del derecho”, editorial jurídica, 2.003 santiago, página 445

⁴⁵ Ib. ídem página 450

sentido *“que tiene la pretensión de establecer verdades jurídicas, esto es, enuncia proposiciones de las que tiene sentido preguntarse si son verdaderas o falsas”*⁴⁶, en cambio, el del juez y el legislador es de carácter práctico, *“el razonamiento jurídico de los legisladores y desde luego también el de los jueces, es una clase de razonamiento práctico, puesto que se haya orientado a adoptar decisiones normativas (leyes, sentencia) de las que no tiene sentido preguntarse si son verdaderas o falsas, aunque si sí están ellas argumentadas o no. Lo anterior es efecto de que el razonamiento teórico, o demostrativo, es un ejercicio mental y lingüístico ordenado a lo que es, mientras que el razonamiento práctico, o justificativo, es un ejercicio acerca de lo que debe ser en determinada circunstancias”*⁴⁷

Luego nuestro autor reflexiona en torno a las recíprocas influencias que tienen los distintos razonamientos jurídicos en comento, pues, el razonamiento del jurista suele influir en el razonamiento del juez, éste en el ejercicio de su labor suele recurrir a la doctrina de los juristas para efecto de fundamentar sus decisiones. A su vez, el razonamiento de los jueces influye en la labor del jurista, pues, el jurista suele prestar atención a la jurisprudencia de los tribunales para efectos de la elaboración de sus obras. Ambos están recíprocamente interesados en conocer las producciones de uno y otro, lo cual genera que no se pueda calificar tajantemente como razonamiento práctico al razonamiento del juez, ni de teórico el del jurista, pues dichas características que se atribuyen a uno y otro tipo de razonamiento, no excluyen que en ciertos casos, como los señalados varíen, de tal modo, en ciertos casos el razonamiento jurídico del jurista tendrá carácter de razonamiento práctico, cuando este influya en las decisiones adoptadas por los jueces y el razonamiento de los jueces tendrá el carácter de razonamiento teórico cuando sea considerado por los juristas para efectos de fundamentar sus obras.

Nos detendremos en la exposición que nuestro autor realiza respecto del razonamiento jurídico del legislador, como lo hemos señalado, el parlamento es una sede en la cual se razona jurídicamente, y los senadores y diputados los agentes de dicho razonamiento, la importancia del estudio de su razonamiento es evidente, es más, *“Una racionalidad -la del legislador- que es muy importante puesto que, de algún modo, o en alguna medida, la racionalidad de los jueces y órganos administrativos en la aplicación*

⁴⁶ Ib ídem, página 454

⁴⁷ Ib ídem, página 454

de la leyes depende de la racionalidad que consiga el legislador en la producción de las leyes"⁴⁸. En este sentido, podríamos afirmar la importancia en detenerse en el razonamiento del legislador, y no solamente en el razonamiento jurídico del juez, que es en el ámbito al cual se han avocado la gran mayoría de los autores, en sus obras sobre razonamiento jurídico.

Las normas jurídicas que el legislador promulgue para efectos de alcanzar una determinada finalidad social, pueden ser las idóneas para alcanzarla, pero, puede suceder también que las normas adecuadas para ello sean otras, o bien, que la vía legislativa no sea la idónea, siendo adecuado otros instrumentos de política social. Es decir, el contenido de una determinada ley puede generar controversia en torno a si es la forma adecuada para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador al dictarla y ello puede influir en las decisiones que adopten los jueces al aplicar la ley.

Señalaremos, a modo de ejemplo, la discusión que en nuestro país se han generado a propósito de la institución "nulidad del despido"⁴⁹, en materia laboral, Ley N° 19.631, conocida también como "Ley Bustos" en homenaje a su autor, el connotado dirigente sindical y diputado de la República, Manuel Bustos. Institución fuertemente resistida de aplicar por nuestros jueces, para ello se han creado una serie de subterfugios jurídicos y procesales que se han impregnado en las sentencias de nuestros tribunales, que han hecho que se vea frustrada la finalidad perseguida por el legislador al tiempo de la dictación de la ley, ahora bien, esta no es la ocasión de adentrarnos en las varias discusiones que existen en este contexto, ni tampoco para señalar nuestra postura en dichas discusiones, ello da lugar a un extenso trabajo que excede y se aparta de los objetivos de nuestro texto. Sólo nos parece un excelente ejemplo de cómo el contenido de una ley puede generar controversia en torno a si era la forma idónea de alcanzar la finalidad social perseguida, puesto que dicha ley ha generado las tres posibilidades expuestas reflejadas en distintas opiniones doctrinales, es decir hay quienes apoyan y aplauden el contenido de la ley, hay quienes plantean que la vía legislativa era la adecuada pero controvierten el contenido de las normas, proponiendo otras, y quienes derechamente creen que hay otros instrumentos políticos para solucionar el problema social que la origina.

⁴⁸ Ib. ídem, página 464

⁴⁹ Véase, PALAVECINO, CLAUDIO. "El despido por deuda provisional: un esperpento jurídico." Ius et Praxis, 2002, vol.8, no.2, p.557-573. ISSN 0718-0012.

El profesor Squella nos ilustra en torno al tema de la racionalidad del legislador, (que es parte de un tema mayor, la teoría de la legislación y según algunos autores, la ciencia de la legislación), ha sido abordado por distintos autores, entre ellos, nos habla de Wroblewski *“la decisión productora de derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción del derecho se concibe como una actividad racional orientada hacia objetivos”*⁵⁰. Las justificaciones del legislador respecto del contenido de una determinada ley son públicas y se pueden encontrar en distintos textos, como: el mensaje de la ley (iniciativa de ley presentada por el Ejecutivo); o bien en la moción (iniciativa de ley presentada por parlamentarios), en las actas de la ley, boletines informativos, etc., todos textos que nuestra biblioteca de congreso nacional reúne en archivos denominados, Historia de la Ley. La justificación del legislador dirá relación con la finalidad perseguida y los medios adoptados para ello, todas decisiones que deben ser racionales. Pero ¿qué debemos entender por decisión racional del legislador?

Para el autor danés Wroblewski la racionalidad del legislador estará dada por prestar atención a 5 elementos: 1) determinar la finalidad perseguida de una manera suficientemente clara que garantice una adecuada elección de los medios que permitan conseguirla; 2) determinación de los medios potenciales para la finalidad perseguida; 3) determinación de los instrumentos jurídicos para la finalidad asumida; 4) determinación de la o las normas jurídicas concretas para la finalidad perseguida, lo cual supone decidir el carácter, penal, civil, administrativo u otro, la jerarquía de éstas y el texto escrito que las sustentará; y 5) promulgación de la norma o normas jurídicas generales producidas como el resultado final de la actividad legislativa.

Los aportes de connotados profesores españoles en este contexto, son bien valorados por el profesor Squella, nos referimos a Manuel Atienza y Albert Calsamiglia, este último autor si bien reconoce las implicancias que las concepciones éticas y políticas tienen en el razonamiento del legislador, plantea la importancia de observar otros aspectos que también deben influir en el razonamiento jurídico del legislador al momento de realizar su labor legislativa, cuando éste se emprenda a la realización de “leyes bien hechas”. Así, *“Buenas leyes, además de responder a una racionalidad ética, deben responder también a una*

⁵⁰ WROBLEWSKI, JERZY, *“Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”* Civitas, Madrid, 1985 Traducción al español de Arantxa Azurza; en SQUELLA, AGUSTÍN, *“Filosofía del derecho”*, editorial jurídica, 2.003 santiago, página 464

racionalidad lingüística, a una racionalidad lógico formal, a una racionalidad pragmática y a una racionalidad teleológica”⁵¹. Pasaremos a exponer qué entiende el autor por cada una de las racionalidades que deben estar presentes en su modelo de cómo legislar.

Por racionalidad ética: *“una ley es éticamente racional si concuerda con un determinado código o punto de vista ético”*.⁵² Acá el legislador se debe preguntar ¿la ley se justifica o no éticamente? Este tipo de razonamiento en el que incurre el legislador al momento de crear la ley, es el que siempre estará presente, habida consideración del carácter político de su labor. Autores como Atienza señalan que la racionalidad ética es el fin y que las demás racionalidades que expondremos son sólo instrumentales, en cambio, Calsamiglia, señala que, *“lo importante de la ley no es la declaración de principios que ofrece sino lo que consigue. Una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley”*⁵³ queriendo con ello resaltar la importancia de las otras racionalidades a que debe atender, sin duda que no nos faltan ejemplos para ilustrar situaciones en que una ley éticamente indiscutible, al momento de implementarse y de tomar contacto con la realidad genera una serie de inconvenientes que no se previeron, lo grave es que dichas inconvenientes pueden terminar afectando garantías de las personas, sin ir mas lejos, el caso -relativo al caos de nuevos tribunales de familia en nuestro país-, a desarrollar en nuestro segundo capítulo es una buena demostración de ello, y que en definitiva justifican las aseveraciones de Calsamiglia al respecto y que por supuesto nosotros compartimos.

Por último el profesor Squella se formula la gran pregunta, que en este contexto se puede formular ¿a cuál moralidad atiende el legislador al momento de producir una ley?, es sabido que clasificaciones de la moral existen en variedad. Se distingue entre, moral pública, moral privada, moral de los sistemas religiosos, entre otras, bueno y cuál de ellas debe atender el legislador, coincidimos con el profesor, pues en cuanto señala: *“como acontece siempre con todos los dilemas morales, nada puede resolver el conflicto por los legisladores que se vean envuelto en él, aunque en nuestro parecer las bases tendrían que inclinarse a favor de la moral pública, puesto que públicas, no privadas, son las decisiones que el legislador debe adoptar en el ejercicio de su cargo”*⁵⁴.

⁵¹ SQUELLA, AGUSTÍN, *“Filosofía del derecho”*, editorial jurídica, 2.003 santiago, página 466.

⁵² CALSAMIGLIA, ALBERT, *“¿debe ser la moral el único criterio para legislar?”*, en revista DOXA, número 13, 1993, página 173

⁵³ Ib ídem, pagina 173

⁵⁴ SQUELLA, AGUSTÍN, *“Filosofía del derecho”*, editorial jurídica, 2.003 santiago, página 471

En cuanto a la racionalidad lingüística, señala: *“la ley se manifiesta en un lenguaje y éste debe comunicar al destinatario un mensaje claro. La reducción de la ambigüedad, vaguedad o redundancia del lenguaje es una condición de la racionalidad de la ley”*, acá la pregunta es ¿la ley comunica a los sujetos normativos su mensaje en forma clara? Esta racionalidad se dará en la medida que el mensaje que se busca emitir logre efectivamente ser emitido a los destinatarios, se destaca la importancia de no confundir dicha racionalidad lingüística con el entendimiento generalizado del contenido de la ley, pues ello se torna realmente complejo cuando se trata de leyes de alto contenido técnico, por tanto, lo importante para dar por alcanzada dicha racionalidad será que quienes deben respetarla y aplicarla la entiendan.

Respecto a la Racionalidad teleológica plantea que *“una ley bien hecha desde el punto de vista de la racionalidad teleológica es aquella que consigue su objetivo con el mínimo costo”*⁵⁵, por ello la pregunta será ¿la ley cuenta con los recursos económicos y humanos del caso y son estos asignados correctamente? No será racional desde esta perspectiva si otorga menos recursos que los necesarios para efectos del objetivo buscado y también si despilfarra los recursos, siendo adecuada la precisión que realiza Calsamiglia, en torno a que dicho despilfarro es también un problema ético.

Por racionalidad lógico formal, *“la racionalidad lógico formal trata de evitar que el ordenamiento jurídico se deteriore y se erosione tanto en el nivel de la contradicción entre sus normas, como entre sus principios”*, ¿se inserta el mensaje de la ley sin entrar en contradicciones con el ordenamiento jurídico?. Esta racionalidad exige al legislar resguardar la coherencia de ordenamiento jurídico, de tal modo, que las leyes que incorpore al ordenamiento no entren en contradicción con otras leyes que lo integran, y también implica velar por la plenitud del ordenamiento, en este sentido debe intentar que las leyes que produzca no contengan lagunas.

Y por último la racionalidad pragmática, se plantea de la siguiente manera *“la racionalidad pragmática supone que la ley consigue el objetivo que pretende... una ley es irracional en el sentido pragmático cuando no consigue que la conducta social se ajuste a la ley”*⁵⁶, acá la pregunta es: ¿los sujetos imperados van a cumplir con la ley?, es decir, la racionalidad pragmática implica que el legislador se representa los efectos que la ley tendrá

⁵⁵ CALSAMIGLIA, ALBERT, *“¿debe ser la moral el único criterio para legislar?”*, en revista DOXA, número 13, 1993, página 172

⁵⁶ Ib ídem, página 172

al ser aplicada en los sujetos imperados. En este sentido se vincula con la eficacia de la ley, la cual se proyecta en dos sentidos, el primero dice relación con que la ley es observada por los sujetos imperados y el segundo se relaciona con su aplicación por los órganos jurisdiccionales, y también dicha racionalidad se vincula con el logro de los objetivos sociales de la ley. En este sentido el profesor Squella señala *“la racionalidad pragmática se preocupa de conseguir tanto la obediencia y la aplicación regulares de las normas (eficacia) como el logro del objetivo social que se persigue con su establecimiento (eficiencia). Cambiando ese lenguaje, también podría decirse que una ley eficaz es aquella que cumple con el objetivo que se tuvo en vista al publicarla y que se encuentra vigente cuando es de hecho obedecida y aplicada por los órganos jurisdiccionales. Esta distinción es útil porque una ley válidamente aprobada por el órgano legislativo y promulgada luego por el ejecutivo, puede conseguir vigencia, más no eficacia, es decir, puede ser habitualmente obedecida y aplicada, y no conseguir el objetivo final y específico para la cual fue introducida en el ordenamiento jurídico”*.⁵⁷

Cabe señalar que estos distintos tipos de razonamientos expuestos en los que debe incurrir el legislador, o bien, todas aquellas preguntas que se debe formular el legislador al emprender su labor, deben ser formuladas en su conjunto, pues la consideración aislada de una o alguna de ellas, evidentemente, no acarrea ni por rebote, la consideración de las otras.

El problema de la relación entre moral y derecho analizado en el contexto de la labor legislativa, nos resulta tremendamente interesante. Se ha señalado que la pregunta relacionada con racionalidad ética no puede ser el único ítem del test propuesto, que el legislador debe responder al emprender su labor, pues también debe indagar en torno a como lograr los objetivos éticos propuestos por la ley, *“un buen legislador no es el que proclama ideales excelentes, sino el que los consigue”*⁵⁸, pues la ley no es una declaración de principios con fines teóricos, ella llegará a conectarse con la realidad, y en ese momento distintos efectos se pueden producir, entre ellos evidentemente existe la posibilidad que se generen efectos negativos consecuenciales a la falta de consideración de algunas de las preguntas planteadas. En definitiva, ¿cómo el contenido de la ley puede ser un reflejo de la moral social?, ¿cómo se expresa en términos entendibles?, ¿cómo no entra en contradicción con otras normas del ordenamiento jurídico?, ¿cómo asigna los recursos humanos y

⁵⁷ SQUELLA, AGUSTÍN, *“Filosofía del derecho”*, editorial jurídica, 2.003 santiago, página 467

⁵⁸ CALSAMIGLIA, ALBERT, *“¿debe ser la moral el único criterio para legislar?”*, en revista DOXA, número 13, 1993, página 162.

económicos necesarios para su puesta en marcha? y ¿Cómo prever los distintos factores que contribuirán a su eficacia y eficiencia?, las respuestas a estas preguntas no pueden ser el fruto de meras especulaciones, para responder estas preguntas es necesario *“que los legisladores se habran hacia los conocimientos y disciplinas que puedan proporcionarles los materiales adecuados para la construcción de políticas públicas... lo que se requiere de un órgano legislativo no son sólo expertos invitados esporádicamente a sus distintas comisiones para emitir opinión sobre las distintas materias a ser reguladas por medio de leyes. Requiere también de especialistas que puedan colaborar de manera regular y estable en el mejoramiento de las leyes que se dictan. Y se requiere también controlar la crisis del crecimiento que afecta a la legislación y no perder de vista que no todo derecho es derecho estatal y que no todo derecho estatal es necesariamente derecho legislado”*⁵⁹

Evidentemente respecto de esta tema de cómo legislar no hay recetas absolutas, pero el esfuerzo intelectual, que los autores que hemos citado, han hecho por plantearlo y fundamentarlo nos parece tremendamente admirable, y se conecta, claramente, con nuestra intención de fundamentar la importancia de la sociología jurídica en etapas de creación de la ley. Es más, hemos señalado al comenzar este título que creemos, acá haber encontrado un fundamento medido y razonable para la realización y valoración de estudios sociológicos jurídico en etapas de creación de la ley.

Decimos medido, porque al hablar de sociología jurídica con fines práctico, en etapas de creación de la ley, o como también se ha denominado “sociología legislativa”, como bien lo ha señalado el jurista francés Carbonnier *“si bien las investigaciones sociológicas pueden suministrarle indicaciones al legislador, no puede dictarle la ley. Se puede adelantar para ello una razón de derecho constitucional e invocar el principio de separación de poderes entre el poder sociológico y el poder legislativo, pero basta un motivo de carácter práctico, que es la impotencia de un dato sociológico, aunque esté preñado de consecuencias normativas, para convertirse por sí solo en un texto legal. Entendámonos bien. No hay ninguna imposibilidad para que los hechos se transformen en derecho por una metamorfosis espontánea... Pero hacer una ley con hechos es algo completamente distinto. Es preciso que un legislador pase por allí, que en caso necesario decida y en todo caso que redacte. La decisión y redacción son dos fases necesarias, una*

⁵⁹ SQUELLA, AGUSTÍN, “Filosofía del derecho”, editorial jurídica, 2.003 santiago, página 469.

de fondo y otra de forma, del proceso legislativo; que impiden que la investigación sociológica tenga una eficacia inmediata.”⁶⁰. Ello dice relación con lo compleja que es la labor legislativa, la sociología puede colaborar con la legislación, más no confundirse con ella.

Así, la racionalidad pragmática que indaga en torno a la eficacia y eficiencia de la ley puede ser llevada cabo, seriamente, a través de estudios sociológicos jurídicos que colaboren con elementos de convicción en torno a las decisiones que se deben adoptar, así también la racionalidad ética y específicamente, si el legislador tiene efectivamente intención de legislar considerando la moral pública, estudios sociológicos jurídicos le pueden reportar información en torno a cuáles son las concepciones morales dominantes en la sociedad respecto al tema en específico que se pretende legislar. Se debe atender más a los datos de la realidad y avances obtenidos de otras áreas del saber, entre ellos, la sociología jurídica, para complementar e informar mejor, en base a la experiencia, las decisiones adoptadas, y no sólo para que la norma no se transforme en “letra muerta”, sino que también para evitar las consecuencias nefastas de las leyes al tomar contacto con la realidad.

En definitiva, para que las leyes pasen los distintos test de racionalidad propuesta, es necesario que el legislador contemple y valore los aportes que la sociología jurídica puede hacer a su labor.

Por último, sólo nos queda exponer con mayor claridad la relación propuesta en este título, El razonamiento jurídico no sólo se lleva a cabo en el ámbito judicial, éste se lleva a cabo en distintas parcelas, una de ellas y en la cual nos hemos detenido es en el Congreso de la República, su agente obviamente es el legislador, nuestros senadores y diputados, ellos en tanto agentes de razonamiento jurídico, para realizar su labor, deben atender a distintos aspectos, para hacer “buenas leyes” deben adoptar un modelo legislativo, el propuesto por los profesores citados, que los invita a realizar un test de racionalidad que pregunta por los distintos aspectos señalados. Precisa abrir las puertas a distintas áreas de saber, que colaboren con información, que proporcione los elementos de convicción que sus distintos razonamientos exigen, la sociología jurídica es éste contexto tiene mucho que decir, en este sentido que creemos que nuestra exposición puede contribuir a fundamentar

⁶⁰ CARBONNIER, JEAN “*Sociología Jurídica*” editorial Tecnos, Madrid, 1972, traducido por Luís Díez Picazo, página 243.

y valorar la labor de la sociología del derecho, no creemos que el proceso sea tan simple como reducir los hechos a las normas, eso sería retroceder años de pensamiento jurídico, una ilusión alejada de la realidad. En definitiva la relación señalada, es una relación de necesidad.

Por último, la señalada finalidad práctica de la sociología jurídica, también tiene proyección a la etapa de aplicación de la ley, pues será necesario evaluar si la ley promulgada una vez que ha entrado en vigencia, cumple con los objetivos sociales que la fundamentan, si los sujetos imperados prestan observancia a la ley, entre ellos no sólo debemos considerar a las personas directamente imperadas, sino también a todos aquellos agentes de la cultura jurídica interna, quienes en muchos casos deben realizar un verdadero cambio de mentalidad para que los objetivos de la ley efectivamente se cumplan. Que mejor ejemplo de ello son todas las reformas procesales que nuestro país se encuentra experimentando (laboral, procesal penal, de familia y estamos a la espera de la reforma procesal civil), todas reformas que viene a introducir sustanciales cambios en nuestra cultura jurídica externa e interna, por tanto resulta de suma importancia la valoración de los estudios que a través de este pequeño trabajo, estamos realizando, pues, las externalidades negativas que se producen al aplicar la ley son innumerables. Lo importante es determinar cuáles son las causas de dichos efectos nefastos, para así determinar las responsabilidades en ello involucradas, creemos que en ciertos casos puede ser responsabilidad del legislador que creó un modelo demasiado apartado de la realidad, pero, no es menos cierto que en otros casos la responsabilidad es del ejecutivo, por ejemplo, al no asignar los recursos necesarios para la puesta en marcha de las reformas, que incluyen no sólo los recursos para la contratación de personal, sino también, una gran asignación de recursos para la capacitación de las personas que desempeñarán distintos roles en ellas, ya que muchas de esas personas provienen del antiguo sistemas, ellos requieren capacitación para entender los principios de los nuevos procesos, de omitirse tan importante labor. De omitirse el análisis de las consecuencias que se producen al tomar la ley contacto con la realidad, a través de evaluaciones proporcionada por estudios sociológicos serios, llevados a cabo por equipos interdisciplinarios conformados con profesionales de alto nivel, nos perdemos la posibilidad de evaluar lo bueno de la puesta en marcha de la ley, y rescatarlo para los futuros procesos, y también nos perdemos de determinar lo malo y generar los

instrumentos necesarios para encauzar las cosas de la forma prevista por la ley, lo cual sin duda puede traer como consecuencia la elaboración de nuevas leyes, quizás en otros casos, la asignación de más recursos, etcétera.

Segundo capítulo

“Problema de investigación y metodología”

1 – Estudio Socio-jurídico relativo al funcionamiento de los tribunales de familia en Chile.

A continuación expondremos un trabajo de investigación jurídica-social, que busca resaltar la importancia de los estudios que planteamos y los conflictos que en la práctica genera su omisión.

El trabajo girará en torno a la regulación procesal, que establece la ley 19.968 -ley que crea los tribunales de familia- para el divorcio de mutuo acuerdo. Específicamente, se investigará en torno a la influencia que dicha regulación ha tenido en la actual crisis que experimentan los tribunales de familia en nuestro país, crisis que se desata desde que entra a regir dicha ley, 1º de octubre del año 2005 y que se prolonga hasta el día de hoy, la que será expuesta en detalle en el título siguiente.

Hemos elegido éste problema para nuestra investigación, en atención a que conocemos de cerca esta realidad, es decir, lo descubrimos a partir de nuestro contacto íntimo con la realidad, junto a ello nos parece un problema interesante, vigente, significativo y adecuado a nuestra escueta preparación. Es en la asignatura “Práctica Profesional Consultorio”, que se imparte en quinto año de la malla curricular de nuestra escuela de Derecho, una enriquecedora experiencia laboral, que permite, entre otras cosas, conocer la realidad que enfrentan los distintos tribunales, entre ellos los de familia, pues gran parte de las causas que se tramitan a favor de personas de escasos recursos de la comuna de Valparaíso en dicho consultorio, tiene como materia precisamente el derecho de familia. Los divorcios de mutuo acuerdo que son un tipo de juicio que tuvimos la oportunidad de tramitar y que nos condujeron a cuestionar críticamente el procedimiento que para ello se establece, acentuándose dicha crítica por los distintos problemas que enfrenta la nueva judicatura de familia.

Comenzaremos por exponer brevemente el problema, es decir, el caos que enfrentan hoy en nuestro país los tribunales de familia, exponiendo las distintas variables que influyen en ello y que han sido analizadas, expondremos también la que dice relación con los aspectos procedimentales, ésta se constituye como nuestra principal variable a investigar.

1.1 El problema

Con fecha 30 de agosto 2004 se publica la ley 19.968 “ley que crea los tribunales de familia”, la cual buscaba llevar al área del derecho de familia el proceso de modernización de la justicia que ya se viene dando en otras áreas, (procesal penal, laboral), el mensaje del ejecutivo en torno a esta reforma fue bastante claro y prometedor,⁶¹ generando con ello, evidentemente gran expectativa en la población, pues las principales promesas se dirigían en torno a la transparencia y rapidez de la nueva justicia y considerando que los viejos procedimientos que se ventilaban en los tribunales de menores tenían por característica, la escrituración, demoraban aproximadamente 400 días en su tramitación y se desarrollaban en una cultura jurídica de secretismo, podemos entender la expectativa y optimismo con el que se esperaba la reforma en familia. Es importante señalar que la creación de una judicatura especial para los asuntos de familia se hacía necesaria no sólo a nivel nacional sino que también había un imperativo internacional⁶² para ello, por la especial naturaleza que tiene el conflicto familiar (violencias intrafamiliares, cuidado personal, relación directa y regular, medidas de protección, entre otras) y por la intervención, directa o indirecta, de niños en él.

La nueva ley, en síntesis, regula tres procedimientos: “*Del Procedimiento Ordinario ante los Juzgados de familia*” (artículo 55 y siguientes), “*Del Procedimiento relativo a los Actos de Violencia Intrafamiliar*” (artículo 81 y siguientes), y “*De la aplicación Judicial de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas o Adolescentes*” (artículo 68 y siguientes). Ellos, en general, comienzan con la interposición de la respectiva demanda o denuncia, y luego se desarrollan dos audiencias; 1) audiencia preparatoria, destinada al debate jurídico entre las partes, determinación de los hechos controvertidos, substanciales y pertinentes, fijación de los puntos de prueba y por último, el ofrecimiento de las pruebas, 2) la segunda se llama audiencia de juicio, destinada a la producción de la prueba, y dictación en ella misma del fallo, sin perjuicio de que la lectura de la sentencia propiamente tal se desarrolla en otra última audiencia, todo ello rodeados por los principios de inmediación, oralidad, concentración y actuación de oficio.

⁶¹ *Véase La Nación, dichos de ministro de Justicia Luís Bates, en artículo “*Positivo balance de nuevos tribunales de familia*” Viernes 21 de octubre de 2005, www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051020/pags/20051020211035.html

**Véase, entre otros, además: http://www.minjusticia.cl/Comunicados/2005/OCTUBRE/04_oct_2005b.htm

⁶² Convención Internacional de los derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente en su artículo 8 referido a las garantías judiciales.

Frente a este panorama prometedor, la fuerza de los hechos, la puesta en marcha de la ley ha estado cargada de críticas⁶³, marcadas por la incongruencia entre el prometedor discurso del ejecutivo y lo que efectivamente ha sucedido, los tribunales de familia están atochados de trabajo, los plazos que la ley ha prescrito para la realización de las respectivas audiencias⁶⁴, (el plazo para citar a audiencias preparatoria, en juicio de violencia intrafamiliar, es 10 días contados desde recibida la demanda o denuncia; en el procedimiento para la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, dicho plazo es de 5 días y en el caso del procedimiento ordinario, la ley señala que la audiencia se realizará a la brevedad posible.) no se están cumpliendo y por consiguiente la reacción ciudadana a ello ha estado cargada críticas y desazón.

Es necesario analizar en esta primera etapa de exposición del problema las distintas variables que han influido en éste fenómeno. Lo primero que hemos hecho ha sido recopilar los estudios que para ello se han elaborado, pues a casi tres años de la entrada en vigencia de la ley se han hecho esfuerzos para evaluar críticamente el fenómeno en estudio. Hemos encontrado ciertos estudios⁶⁵, y del análisis de ellos podemos señalar los siguientes factores que han incidido en la prolongada crisis:

A-. La publicidad.

B-. El diseño. B.1 Vacancia.

B.2 Dotación.

B.3 Estimación de la carga de trabajo

B.4 Preparación de administrador del tribunal.

C. Producción de audiencias.

Y nosotros agregaremos un nuevo factor relativo a:

D. Aspectos procedimentales: procedimiento contemplado para el divorcio de mutuo

acuerdo.

⁶³ Véase, entre otros, La Nación, artículo "*El tsunami de la justicia*" domingo 29 de enero de 2006. http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20060128/pags/20060128224846.html

⁶⁴ Véase artículos 59, 72 inciso 1º y 4º, artículo 95 de la ley 19.968

⁶⁵ **Lidia Casas, Mauricio Duce, Felipe Marín, Cristian Riego y Macarena Vargas, Universidad Diego Portales, "*El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria*" año 2007

** Fundación Pro Bono, Colegio de Abogados de Chile, A.G., Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, al Colegio de Mediadores de Chile y el ministerio de Justicia, entregó un revelador estudio que recoge la opinión de abogados, mediadores, jueces y los propios usuarios, respecto a la calidad y eficacia de los Tribunales de Familia. El estudio denominado "*Percepción y Evaluación de los Tribunales de Familia en Chile*". //http://www.probono.cl/noticias/not_12.htm

***José Silva, Gloria Baeza, Paulina Gonzáles, Blanca Lecaros, Pontificia Universidad Católica de Chile "*Estudio exploratorio sobre el funcionamiento de la oralidad en los tribunales de familia de la región Metropolitana*", año 2007.

A-. Publicidad.

Gran ventaja del nuevo sistema sería su transparencia, el principio de publicidad, es una de las virtudes de la nueva justicia de familia más destacadas en el discurso público del ejecutivo, frente a ello se encuentra consagrado en la ley⁶⁶ el principio de protección de la intimidad. Es la relación entre dichos principios, o mejor dicho la falta de precisión de cómo se relacionan éstos principios en las distintas situaciones que se viven en los tribunales de familia (cuando prevalece uno y cuando prevalece el otro) lo que configura uno de los factores de la crisis de la judicatura de familia. Junto a ello, importante es señalar la falta de entendimiento que muchos funcionarios, del tribunal de familia, tienen al tiempo de tener que hacer vida dicho principio de publicidad, lo cual sin duda se vincula con el cambio cultural que se debe vivenciar por la cultura jurídica interna para el éxito de las reformas procesales, en este caso, la de los tribunales de familia, *“La ley parece no tener en cuenta que la creación de un sistema transparente tiene que enfrentarse a una cultura muy arraigada al secretismo y que por lo tanto, requiere de manifestaciones políticas muy claras en términos de la afirmación de los nuevos valores que se esperan del nuevo sistema.”*⁶⁷

Dentro de las consecuencias que este factor acarrea se encuentra una muy grave: la imposibilidad de efectuar evaluaciones serias y un diagnóstico que refleje fielmente la situación de los nuevos tribunales de familia para así poder proponer soluciones idóneas. Es más, nosotros en tanto hemos querido obtener información estadística, jurisprudencial y entrevistar a funcionarios, en el contexto de esta investigación, nos hemos encontrado con obstáculos fundamentados en el principio de protección de la intimidad, la respuesta inicial a nuestras solicitudes, aún a sabiendas de los propósitos de nuestro estudio y el contexto en el que lo realizamos, ha sido negativa. Ello precisamente se ha constituido como el gran obstáculo de nuestro trabajo y también en otras investigaciones que se han desarrollado en torno al tema. (Los profesores que elaboraron el informe de la Universidad Diego Portales y de la Pontificia Universidad Católica de Chile, plantean la misma crítica).

⁶⁶ Artículo 15 de la ley

⁶⁷ Lidia Casas, Mauricio Duce, Felipe Marín, Cristian Riego y Macarena Vargas, Universidad Diego Portales. *“El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria”* año 2007 Pág. 9

B-. El diseño.

Gran parte de las consecuencias negativas que ha tenido la puesta en marcha de la ley se deben a ello, es más, los profesores de la universidad Diego Portales⁶⁸ son categóricos en señalar: *“los inconvenientes que hoy se evidencian en los tribunales de familia, son parte de un problema mayor: la paulatina pérdida de rigor, planteamiento y profesionalismo en el proceso de reforma a la justicia, nos parece que éste es el verdadero problema detrás del mal funcionamiento de los tribunales de familia y que puede esperarse también, si no cambian las circunstancias, de la implementación de la ya aprobada reforma al procedimiento laboral. Sin tener esto a la vista, podría hacerse un análisis específico de los problemas mayores de la nueva justicia familiar perdiendo de vista la causa original.”* Los Problemas de diseño de esta ley, para efectos de orden los expondremos en cuatro puntos; 1).Vacancia, 2).dotación, 4). De estimación de la carga de trabajo, 3).preparación de los administradores del tribunal y 4). Mediación.

B.1 Vacancia:

El 30 de agosto del año 2004 es promulgada la ley, comenzó a regir el 1º de octubre del año 2005, es decir 13 meses de vacancia legal, 13 meses para implementar la ley en todo Chile, pues ésta a diferencia de la reforma procesal penal (que comenzó a regir paulatinamente en las distintas regiones, con un constante proceso evaluativo), rigió en todo Chile a la vez. En dicho breve periodo se debieron elegir a los jueces y a todos los demás funcionarios que trabajarían en la nueva judicatura, no sólo elegirlos sino que además capacitarlos preparándolos para estar a la altura de un nuevo procedimiento substancialmente distinto al anterior; *“éste proceso de implementación se llevó a cabo por un equipo técnico de 7 personas (2 abogados, 2 arquitectos y 3 economistas) número a todas luces insuficiente para responder en tiempo y forma a los requerimientos de un proceso de esta magnitud. Este equipo no contaba con profesional de apoyo en regiones- como si ocurrió con la reforma procesal penal – de modo que todas las actividades en otras ciudades debían coordinarse por medio de las respectivas secretarías Regional Ministerial. Bajo este reducido grupo de personas se concentraron las tareas de coordinación con el poder judicial, a través, de su corporación administrativa; la*

⁶⁸ El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria", Universidad Diego Portales, Pág. 9

definición de necesidades de capacitación de jueces y funcionarios; el diseño de programa y software computacional; las labores de difusión de la reforma en todo Chile, la compra arriendo y remodelación de las instalaciones para nuevos tribunales; la realización de estudios técnicos; el diseño del sistema de licitación del sistema de mediación, entre otras. Cabe señalar, además, que en el caso de la reforma procesal penal, junto con el equipo de coordinación del Ministerio de Justicia, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público contaban con equipos internos que trabajaron en el proceso de implementación. Además de ello se instaló una comisión de coordinación institucional en la que trabajan todas las instituciones del sistema para coordinar el proceso de puesta en marcha.⁶⁹ Resulta a toda luz evidente que el periodo de vacancia legal de la ley, resultaba desde el diseño insuficiente.

B.2 Dotación

La implementación de la ley contempló una puesta en marcha simultánea en todo Chile y un ingreso gradual de personal, *“el 1º de octubre de octubre de 2005 ingresaría un número de 128 de los 258 jueces de familia. El plan original tenía previsto que una segunda dotación ingresaría entre diciembre de 2005 y enero de 2006, para contar con la dotación definitiva de marzo de 2006...la opción de utilizar el sistema de dotaciones graduales se debió en gran parte a la experiencia de la reforma procesal penal y la sobreestimación de carga de trabajo de los jueces de tribunales orales en lo penal en una primera etapa de implementación”⁷⁰. Cabe destacar este aspecto pues en el discurso público se ha señalado en reiteradas ocasiones que la principal causa de la crisis de los tribunales de familia se encuentra precisamente en este punto, por tanto la solución pasa por aumentar el número de jueces. El estudio *“Percepción y Evaluación de los Tribunales de Familia en Chile”* señala que, según los jueces que participaron, las principales problemáticas de los Juzgados de Familia son: la falta de jueces y funcionarios en general. Y las principales modificaciones que habrán dicen relación con ello, actualmente, a casi tres años de la entrada en vigencia de la ley, está en trámite una iniciativa legal que aumenta de 258 a 353 el número de jueces destinados a estas materias, Sin perjuicio de*

⁶⁹ El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria", *Universidad Diego Portales*, Pág. 7

⁷⁰ El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria", *Universidad Diego Portales*, Pág. 7.

ello, las conclusiones a las que llegan los profesores de la universidad Diego Portales son distintas, señalan: *“no es claro que el sistema este saturado y que se requieran audiencias adicionales. Cada juez programa entre dos y cinco audiencias diarias en un horario que va entre 9:00 y 12:00. Entre el 40% y 50% de las audiencias citadas fracasa por problemas de diversa índole, entre ellas de notificación. Sumado a lo anterior se generan importantes tiempos muertos debido a la mala programación de audiencias y retrasos en su inicio. Para efectos de comparación vale la pena tener en cuenta que un juez de garantía de Santiago realiza 15 o 20 audiencias como algo normal”*⁷¹

B.3 Estimación de la carga de trabajo:

El error en el que se incurrió al estimar el número de casos que ingresarían para ser resueltos de acuerdo a la nueva judicatura, es según muchos el gran factor determinante de la crisis, en la implementación de la ley se utilizaron estudios al respecto, el principal fue elaborado por la universidad católica de Valparaíso, *la estimación inicial para el país era, el primer año se recibirían 185.000 causas. Al 24 de diciembre de 2005, es decir a menos de tres meses de puesta en marcha, el ingreso llegaba a cerca de 82.000, es decir, en menos del 25% del año se había recibido cerca de un 45% de la carga proyectada para el periodo*⁷², sólo durante el primer año se presentaron más de 400 mil demandas, mientras que el sistema estaba pensado para atender a unos 180 mil casos, ello evidentemente arrojó como consecuencia que el sistema no pudo responder cumpliendo de la manera normada, pues los recursos que se tenían era inferiores a los necesarios, por la incorrecta estimación de la demanda. Es en éste punto, y por la influencia que tiene este factor en la crisis de la judicatura de familia, resulta más fuerte la crítica al diseño, era previsible que la demanda para solucionar conflictos de familia aumentaría, estudios de opinión, encuestas de amplio espectro lo habrían anticipado, además, el incentivo que constituye el prometido procedimiento mas breve y transparente es innegable, en el análisis del discurso público, podemos señalar que las propias autoridades han reconocido expresamente que el principal problema ha sido precisamente éste.

⁷¹ Minuta 4º punto de *“El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria”*, Universidad Diego Portales.

⁷² El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria”, *Universidad Diego Portales*, Pág. 16.

B.4 Preparación de administrador del tribunal.

La ley que crea los tribunales de familia, al igual que la reforma procesal penal crea la figura “El administrador del tribunal”, con el objeto de separar las labores administrativas de las jurisdiccionales y descentralizarlas. Buscando optimizar el ejercicio de la labor jurisdiccional se profesionaliza la Administración. Este funcionario y el personal con funciones técnicas que él encabeza, no han recibido una preparación integral respecto a la nueva judicatura de familia, es sorprendente constatar que: *“la capacitación que tiene el funcionario administrativo sólo se refiere a la utilización de software que usan los tribunales, ya que es un software especial para los juzgados.”*⁷³. Si esta ley al igual que la reforma procesal introduce un cambio substancial en la materia, la preparación de los funcionarios parece una necesidad lógica, más aún si consideramos que muchos de los nuevos funcionarios trabajaban en los antiguos juzgados de menores, es decir trabajaron durante años en un contexto cultural totalmente distinto, lo cual contrasta (no obstante las críticas que también se han hecho al respecto) con las capacitaciones y evaluaciones a las que se debieron someter los jueces que postulaban a parcelas de trabajo en los nuevos tribunales⁷⁴. Estos funcionarios y el administrador del tribunal en particular tiene a su cargo funciones trascendentales, cuya ineficiencia arroja graves consecuencias, entre ellas, sin duda que es la más importante, dice relación con la elaboración de la agenda de audiencias del tribunal. Cabe destacar en este punto que de acuerdo a los resultados del estudio *“Percepción y Evaluación de los Tribunales de Familia en Chile”*, para los abogados que llevan los casos el principal problema es la mala gestión, falta de coordinación y organización, lo cual se traduce en la lentitud con la que se tramitan los casos (45,8%). El segundo problema (24,1%), corresponde a la falta de personal, tribunales y recursos.

⁷³ El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria", *Universidad Diego Portales*, Pág. 12

⁷⁴ El 2004, se realizaron cursos de habilitación para jueces para optar al cargo de juez de familia, finalizando dichos cursos con un examen, el cual si era aprobado, podían optar al cargo y la segunda etapa contempló, para los seleccionados (durante el 2005) una formación profundizada de 80 HORAS

B.5 Mediación

Otro factor que ha influido en la prolongada crisis ha sido que la mediación, en tanto mecanismo alternativo, pacífico y flexible a la solución de conflictos, ha sido utilizado de manera menor a la esperada. La ley señala la mediación como obligatoria sólo en la medida que el juez así lo ordena, las partes que voluntariamente quieran someter el conflicto a mediación tiene a su costa los honorarios del mediador, lo cual sin duda es un gran desincentivo a esta opción. Además se ha denunciado una gran desinformación sobre el sistema.

De acuerdo al estudio *“Percepción y Evaluación de los Tribunales de Familia en Chile”* Los mediadores encuestados señalaron (43,9%) que el principal problema es el poco conocimiento e información que existe acerca de la mediación, tanto a nivel de la población como dentro del mismo Poder Judicial. Junto a ello el informe emitido por la universidad Diego Portales señala que: *“ la mediación no está operando como forma de solución alternativa debido a que no existe un mecanismo de información y de derivación eficaz y rápido que permita a las partes evaluar de manera apropiada esta alternativa. De hecho el uso que se está haciendo de esta formula está muy por debajo de lo proyectado ”*⁷⁵

C. Producción de audiencias

La producción de audiencias⁷⁶ está a cargo de la administración del tribunal, es el administrador del tribunal quien elabora la agenda de audiencias, los jueces no pueden modificar la programación de sala realizada, salvo que ésta se aparte de los criterios establecidos, ante ello pueden presentar observaciones al administrador quien en todo caso es el responsable del cumplimiento de los procedimientos de programación.

Si bien es claro que la producción insuficiente de audiencias es una consecuencia lógica de otros factores, como lo son: la inadecuada estimación de la carga de trabajo, la insuficiencia de personal (jueces y funcionarios), también han influido las deficiencias de administración. En la investigación desarrollada por la universidad Diego Portales se destaca *...“el principal hallazgo en esta materia es el bajo número de audiencias que se realiza al día por juez... entre un 40 y un 50% de las audiencias programadas no se realiza*

⁷⁵ Minuta 6º punto de, “El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria”, Universidad Diego Portales, Pág. 16.

⁷⁶ Véase documento *“Procedimiento para juzgados de familia”* de la Corporación Administrativa del poder judicial, julio 2006, Pág. 28 y siguientes.

por diversas razones, esto hace que las audiencias efectivamente realizadas por juez sean aún más baja....el tiempo que los jueces dedican a la realización de audiencias corresponde a una porción menor de su jornada diaria de trabajo...baja capacidad administrativa para pesar adecuadamente las audiencias, se tienden a programar en horarios rígido, sin que exista un trabajo sofisticado en determinar su duración probable para intentar evitar los tiempos muertos y programar mas casos por día”⁷⁷

D.-Aspectos procedimentales: procedimiento contemplado para el divorcio de mutuo acuerdo

Habiendo llegado a esta etapa de la exposición del problema, nuestro interés es analizar una variable procedimental que creemos puede influir en el caos de los tribunales de familia. Como se ha señalado, analizaremos ciertos aspectos procedimentales de la ley, específicamente analizaremos la regulación que ésta establece para los divorcios de mutuo acuerdo.

Previo a desarrollar este factor, explicaremos brevemente, desde una perspectiva dogmática, que es el divorcio de mutuo acuerdo.

Divorcio de mutuo acuerdo

Antecedentes

La regulación jurídica del divorcio con disolución de vínculo en Chile es de antigua data, el debate parlamentario en torno a ello ha sido largo y complejo. No es menor el dato de que Chile es uno de los últimos países en admitirlo formalmente pues la resistencia que opusieron los sectores conservadores a ello fue por largo tiempo exitosa, pero tubo su fin con la promulgación la Ley N° 19.947 sobre matrimonio civil que fue promulgada el 7 de mayo de 2004, publicada en el Diario Oficial diez días después, y entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004. Ese mismo día comenzaron a presentarse demandas de divorcio en los tribunales.⁷⁸

⁷⁷“El funcionamiento de los nuevos tribunales: resultados de una investigación exploratoria”, Universidad Diego Portales, Pág. 18 y siguientes.

⁷⁸ (“no obstante que iniciativas legislativas vinculadas con introducir el divorcio en nuestro ordenamiento es posible detectar desde fines del siglo XIX, Chile fue uno de los últimos países en admitirlo formalmente. No obstante, por la vía de la nulidad de matrimonio por incompetencia del oficial del registro civil, desde 1925 la jurisprudencia canalizó la fuerte presión social por la disolubilidad del vínculo matrimonial, lo que en la práctica operaba como un verdadero divorcio de común acuerdo. Paralelamente, nuestra legislación civil reconocía un divorcio sin disolución de vínculo, homologable en parte a la actual separación judicial, pero que carecía de real eficacia practica.

Dicha ley contempla en su capítulo VI -“*El divorcio*”- la posibilidad de poner término al vínculo matrimonial por divorcio, regulando dos tipos diversos en atención a sus causales; divorcio culpable o sanción y remedio o por cese de convivencia, el primero de ellos en términos generales consiste en un divorcio por causal imputable a uno de los cónyuges, consistiendo dicha falta en una infracción o falta grave a los deberes que le impone el matrimonio y que torna intolerable la vida en común⁷⁹ y que es demandado por el cónyuge que no ha dado origen a la causal. El divorcio remedio por su parte tiene como causal el cese definitivo e irreversible de la vida en común entre los cónyuges, no hay culpa por parte de alguno de los cónyuges, este se basa en el hecho fáctico del cese de la convivencia por cierto periodo de tiempo⁸⁰ este divorcio admite dos modalidades: unilateral: en este caso el divorcio es demandado por solo uno de los cónyuges, el cual deberá acreditar en juicio el cese efectivo de la vida en común por mas de tres años sin reanudación de vida en común; y de mutuo acuerdo: en este caso el divorcio es demandado en conjunto por los cónyuges, debiendo acreditar el cese de convivencia por más de un año,

Pese a que la ausencia de divorcio constituía claramente una causa de informalidad jurídica para una gran cantidad de familias de hecho fundadas por personas que, por mantener sus vínculos matrimoniales no disueltos, no tenían más opción que el concubinato, el debate político moral en torno al divorcio se extendió por varios años. Hasta el final se ha sostenido por ciertos sectores conservadores que una ley de tal naturaleza atentaba contra el deber del estado de propender a la protección de la familia, siendo por tanto inconstitucional, sin perjuicio de que también se ha señalado la desnaturalización del matrimonio por el legislador, al privarlo de su carácter indisoluble.

Lo cierto es que en el concierto universal el debate sobre la admisibilidad del divorcio desde hace décadas se da por superado, centrándose más bien la discusión en la necesidad de determinar con mayor o menor amplitud su procedencia.”) Apunte elaborado por el profesor de la Universidad Valparaíso Sr. Ricardo Saavedra.

⁷⁹ “*El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: 1°.- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; / 2°.- Tránsito grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio; / 3°.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal; / 4°.- Conducta homosexual; / 5°.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y / 6°.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.*” Artículo 54 ley 19.947.

⁸⁰ “Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año. En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita. Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. En todo caso, se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25, según corresponda. La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refiere este artículo.” Artículo 55.ley 19.947

sin que en él se haya reanudado la vida en común. Cabe destacar que la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que el mutuo acuerdo no es la causal de divorcio, esto es sólo una circunstancia que permite demandar de una determinada manera, siendo absolutamente necesario acreditar el hecho objetivo del cese de la convivencia para que la demanda sea acogida⁸¹. En este caso se debe acompañar a la demanda de divorcio un acuerdo completo y suficiente que regule las relaciones mutuas entre los cónyuges y las relaciones para con los hijos comunes si lo hubiere, precisando la ley expresamente qué se entiende por acuerdo completo y suficiente⁸² (Completo: si respecto de los cónyuges regula lo relativo al régimen de bienes y habiendo hijos regula: el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. Y es suficientes: si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita)

Procedimiento aplicable al divorcio de mutuo acuerdo.

La ley de tribunales de familia señala expresamente que corresponde a los tribunales de familia conocer y resolver las acciones de divorcio reguladas por la ley de matrimonio civil⁸³, y en concordancia con ello, la ley de matrimonio civil señala que los juicios de divorcio se tramitan en conformidad al procedimiento que, para el efecto señala la ley sobre juzgados de familia⁸⁴. El procedimiento que dicha ley señala para los juicios de divorcio es el ordinario, pues éste es el procedimiento aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponde a los juzgados de familia y que no tienen por ley asignado un procedimiento distinto⁸⁵.

Nos referiremos muy brevemente a un interesante debate doctrinal que se ha suscitado en torno a la naturaleza del divorcio de mutuo acuerdo, en el sentido de si éste es un asunto contencioso o no contencioso, pues pese a que el legislador es claro en considerarlo un asunto contencioso, hay cierto autores que han criticado ello, señalando que en este caso estamos ante un acto judicial no contencioso y que por tanto el procedimiento

⁸¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. 05 abril 2006, considerando 2º, en N° ID Lexis Nexis: 34411

⁸² Véase artículo 21 ley concordado con artículo 27 de la ley 19.947.

⁸³ Véase artículo 8 N° 16, ley 19.968

⁸⁴ Véase artículo 88, ley 19.947

⁸⁵ Véase artículo 55, ley 19.968

aplicable sería el que establece la ley de tribunales de familia para éstos⁸⁶, que en general se caracteriza por ser más breve pues se resuelve todo en una audiencia, incluso para estos efectos existe la posibilidad de que el juez resuelva de plano. Los fundamentos principales a favor de que el divorcio de mutuo acuerdo es un asunto no contencioso dicen relación con los dos requisitos propios de dichos asuntos, es decir, 1) una ley que señale expresamente que un juez debe intervenir en dicho asunto y 2) la ausencia de conflicto entre las partes. Señalan los autores que estos dos requisitos estarían presentes en el divorcio de mutuo acuerdo⁸⁷, pero se responde en contra de ello, que los asuntos relacionados con el estado civil se regulan por normativa de orden público que se caracteriza por ser irrenunciable, no susceptible de transacción.

Dicha discusión ha quedado zanjada, pues, nuestros tribunales superiores de justicia se han pronunciado reiteradamente argumentando a favor de la naturaleza contenciosa del divorcio de mutuo acuerdo⁸⁸.

Ahora bien, estando determinada la naturaleza contenciosa del asunto, cabe detenernos en el procedimiento ordinario que para estos efectos la ley regula, que como ya se ha señalado comienza con la interposición escrita de la demanda, la cual el tribunal provee citando a las partes, “en el plazo más breve posible”, a una audiencia preparatoria.

⁸⁶ Véase artículo 102, ley 19.968

⁸⁷ Véase, análisis en detalle de esta postura en: REJ- revista de estudios de la justicia N° 6, facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2005, página 211 y siguientes

⁸⁸ (“ 2 “Que es menester tener presente que el cese de la convivencia, regulado en el artículo 55 de la ley 19.497, es una causal objetiva de divorcio " esto es, no depende de la conducta imputable a ninguno de los cónyuges " y consiste en la separación efectiva de los cónyuges, por un cierto espacio de tiempo previsto en la ley. Si los cónyuges están de acuerdo en solicitar el divorcio, el lapso exigido es más breve " un año que si sólo uno de ellos pretende instar por la terminación del vínculo matrimonial, en cuyo caso se exigen a lo menos 3 años de cese de convivencia. En consecuencia, la causal antes referida está constituida por el hecho objetivo del cese de la convivencia y no por el mutuo acuerdo de los cónyuges, razón por la cual ésta debe ser acreditada por los medios de prueba legal " en juicio contradictorio que le permitan al sentenciador formarse plena convicción sobre los hechos invocados, no siendo suficiente, para este efecto, que los cónyuges consientan en el tiempo por cual se ha prolongado la separación y pidan el divorcio conjuntamente. En la especie, esto significa que debió recibirse la causa a prueba, para determinar la efectividad del cese de la convivencia, no obstante la aparente aptitud de los documentos acompañados con la demanda, para generar convicción sobre la materia. 3. Que, por otra parte, se observa que los cónyuges han comparecido al juicio de divorcio patrocinados por un mismo abogado, lo que no resulta admisible atendido el carácter contradictorio del procedimiento de que se trata. En efecto, en el ámbito judicial, nuestra legislación prohíbe que una persona pueda sostener un litigio consigo misma, ya sea como representante legal de la contraparte o de ambos litigantes, prohibición que no es posible obviar por el hecho de tratarse de una solicitud conjunta de divorcio, ya que como se ha dicho más arriba, la causal invocada es el cese de convivencia y no el acuerdo de los cónyuges. En apoyo de lo sostenido puede señalarse que el legislador, en el artículo primero transitorio, disposición segunda, de la ley 19.947 estableció una clara diferencia entre la separación judicial que fuere pedida en forma conjunta por ambos cónyuges y el divorcio, sujetando sólo a la primera al procedimiento previsto para los actos judiciales no contenciosos, de lo cual es menester concluir que, a falta de norma expresa que lo exceptúe como ocurre respecto de la separación judicial " el divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges ha de someterse a las reglas ordinarias de los asuntos contenciosos. Concurrer en favor de esta tesis, además, argumentos de fondo, que dicen relación con la necesidad de velar porque se respeten debidamente los intereses del cónyuge más débil y el resguardo del interés superior de los hijos, lo que ciertamente aconseja que ambos cónyuges estén representados por sus respectivos abogados, especialmente si se tiene presente que la presentación conjunta de divorcio es la culminación de una etapa de negociación, en que lo deseable es que ambos cónyuges hayan sido representados por profesionales diferentes, previendo la existencia de conflictos de interés”). Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 28 septiembre 2006, causa rol : 5597-2006

Esta audiencia estará destinada a: 1) ratificar la demanda; 2) contestarla; 3) en su caso, reconvenir; 4) cuando proceda, decretar medidas cautelares; 5) promover la sujeción del conflicto a mediación; 5) promover conciliación; 6) determinar el objeto del juicio; 7) fijar los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos que serán objeto de la prueba; 8) fijar las convenciones probatorias que procedan; 9) determinar las pruebas que se rendirán; 10) recibir la prueba que sea posible rendir en ese momento; 11) fijar la fecha de la audiencia de juicio.⁸⁹

Luego, en un plazo “no superior a 30 días de realizada la audiencia preparatoria” se debería realizar la audiencia de juicio, esta audiencia está destinada a: 1) producción de la prueba por las partes (presentación de documentos, interrogatorio de testigos y peritos, declaración de partes, entre otros); 2) alegatos finales de las partes, formulando sus observaciones a la prueba; 3) en su caso, se emita la opinión del consejero técnico; 4) el juez emitirá en esta audiencia la resolución de la controversia, con los fundamentos principales de ella, 5) podrá dictar en ésta oportunidad la sentencia, existiendo la posibilidad de dictarla dentro de cinco días en audiencia de lectura de sentencia.⁹⁰

Para finalizar esta etapa de exposición del problema señalaremos que la última variable expuesta, esto es, aspectos procedimentales y en estricto rigor, el procedimiento contemplado para el divorcio de mutuo acuerdo puede ser una variable que incide en la actual crisis de la nueva judicatura de familia. Si el legislador hubiese contemplado un procedimiento acorde al asunto –divorcio de mutuo acuerdo- que se caracterizase por su brevedad, se hubiese contribuido de gran manera a disminuir la carga de trabajo de los tribunales, el razonamiento que nos conduce a dicho planteamiento es: la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil es reciente -18 de noviembre de 2004- y debieron ser muchas las personas que han encontrado la oportunidad de poner fin a su vínculo marital, pues nunca antes en Chile había existido la posibilidad de divorcio, por tanto, son muchas las parejas que vivieron la ruptura de su matrimonio, rehicieron sus vidas con nuevas parejas con las cuales, hasta antes de la vigencia de dicha ley, no pudieron formalizar por matrimonio su unión, pues como no había posibilidad de divorcio, las afectaba el impedimento dirimente absoluto “vínculo matrimonial no disuelto”, por tanto, se veían obligados a tener una unión de hecho, tipo de unión que nuestros legisladores no

⁸⁹ Véase artículo 61, ley 19.968

⁹⁰ Véase artículo 63, ley 19.968

han regulado, obligados a tener un estado civil incoherente con su situación de hecho. Es decir, nos parece un tanto evidente que la posibilidad de divorcio sumado al nuevo procedimiento y tribunales de familia, serían fuerte incentivo para demandar el divorcio.

Creemos que el legislador analizando tal situación debió haber previsto que un porcentaje importante de la carga de causas de los nuevos tribunales serían precisamente divorcios de mutuo acuerdo, adicionando a ello que por ser un juicio, en el que la carga de controversia es menor, no ameritaba una regulación igual a los otros asuntos regulados por el procedimiento ordinario.

Nos parece que si bien las implicancias prácticas de considerarlo no contencioso son similares a la crítica que se formula en torno a su regulación procesal, no es menor que el fundamento de reducir todo a una audiencia cuando se den las condiciones para ello, es de naturaleza netamente procesal y en estricto rigor se vincula con el principio de economía procesal en virtud de cual los procedimientos deben ser desarrollados ahorrando tiempo, energías y costos, ello en atención a las circunstancias de cada caso. En palabras de Chiovenda, *“la obtención del máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo”*. En este sentido cabe recordar las palabras del profesor Couture *“El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso”*⁹¹

2. Hipótesis.

En el título anterior “el problema”, hemos expuesto distintas variables que condicionan su existencia, de ellas como se ha señalado, sólo la última será objeto de nuestra investigación, y nuestra hipótesis será:

“El procedimiento que ley 19.968 regula para el divorcio de mutuo acuerdo es una de las condiciones del actual problema que experimenta la nueva justicia de familia.”

4. Diseño de la investigación.

La investigación que realizaremos se califica de exploratoria-descriptiva, puesto que se pretende despejar la relación entre el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo y los

⁹¹ COUTURE, EDUARDO, *“Fundamentos del derecho procesal civil”*, editorial Depalma, Buenos Aires 1978, tercera edición, página 189.

problemas de implementación de la ley 19.968, buscando aportar información relativa al divorcio de mutuo acuerdo en su realidad procesal.

El estudio comprende fuentes de información directa, constituidas por encuestas que fueron aplicadas a treinta abogados, durante junio y julio del presente año, cabe destacar que los profesionales encuestados en un 80% corresponden a abogados de la Corporación de Asistencia judicial de Valparaíso y Viña del Mar, (sección familia y sección unidad de defensa incompatible), las aplicamos a ellos pues creemos que son los profesionales más idóneos para contestar la mencionada encuesta, por su basta experiencia en el área, dada por la cantidad de causas de familia que patrocinan, lo cual sin duda les permite tener un contacto con la realidad que viven día a día los tribunales de familia y por ende dar respuestas fundadas a las preguntas de la encuesta.⁹²

La investigación comprende también, fuentes indirectas de información, constituidas por los siguientes documentos: proyectos de ley que buscan modificar la ley 19.968 (ley de tribunales de familia), centrando el análisis en aquellos vinculados al divorcio de mutuo acuerdo, también comprende el análisis de jurisprudencia y de estadísticas elaboradas por los tribunales de familia Viña del Mar y Valparaíso y proporcionadas por los administradores de dichos tribunales.

⁹² Destacamos en este punto la colaboración que prestó a nuestra investigación la Sra. Marcela Le Roy Barría Directora General Corporación De Asistencia Judicial Valparaíso quien autorizó la participación en la encuesta de abogados que se desempeñan en dicha institución.

Tercer capítulo:

“Exposición y análisis de los datos y

Conclusiones”

1.- Exposición y análisis de los datos.

Ha continuación expondremos la distinta información recabada durante la investigación. Comenzando por la emanada de documentos constituidos por: proyectos de ley relacionados con el divorcio de mutuo acuerdo, expondremos también jurisprudencia e información estadística puesta a disposición por los administradores de los tribunales de familia de Viña del Mar y Valparaíso y el resultado de una encuesta que se aplicó a distintos abogados. Finalizaremos con las conclusiones que hemos extraído de la investigación realizada.

1.1 -Documentos.

A-. Proyectos de ley con el objeto de modificar la ley 19.968, ley de tribunales de familia⁹³

Desde la entrada en vigencia de la ley de tribunales de familia han sido “15” los proyectos de ley que se han presentado en el parlamento para efectos de modificarla, algunos de ellos han sido archivados⁹⁴, otro ha terminado y se encuentra vigente⁹⁵ y otros, se encuentran en etapa de primer trámite constitucional⁹⁶. La gran mayoría de ellos en su parte introductoria señalan como motivo de su elaboración “el *colapso de los tribunales de familia*” y la necesidad de que el legislador aporte en la solución de ello.

⁹³ La información expuesta en este acápite, ha sido extraída de la página Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>, (10 AGOSTO 2008).

⁹⁴ 1) “*Modifica la ley 19.968 que crea los tribunales de familia, con el objeto de evitar la congestión que se produce en la atención de usuarios*” Boletín N° 4349-18 (moción parlamentaria ingresada en Julio, 2006);

2) “*Modifica la ley N° 19.968, que creó los Tribunales de Familia, estableciendo que la notificación de las demandas se haga por receptores judiciales designados por turno*”. Boletín N° 4375-18 (moción parlamentaria ingresada en agosto, 2006);

3) “*Modifica normas de procedimiento en la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia y deroga el artículo 234, del Código Civil.*” Boletín N° 4409-18(moción parlamentaria ingresada en agosto, 2006);

⁹⁵ LEY 20.086 “*Introduce modificaciones a la aplicación de los procedimientos de la ley de tribunales de familia*”

⁹⁶ 1) “*Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia*”. N° Boletín: 4438-07 (mensaje presidencial agosto 2006). Este proyecto se encuentra en etapa de ser promulgado, pues con fecha 19/08/2008 Cámara de Diputados emite oficio a ejecutivo informando que habiéndose dado cumplimiento al control de constitucionalidad establecido en el artículo 93, N° 1, de la Constitución Política de la República, corresponde a V.E. promulgar el señalado proyecto de ley.

2) “*Modifica la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 y de Tribunales de Familia N° 19.968 con el propósito de facilitar el trámite de divorcio de común acuerdo y otros aspectos procedimentales.*” N° Boletín: 4985-07 (Moción de Carlos Ominami Pascual ingresada en Abril, 2007)

3) “*Incorpora un nuevo artículo 63 bis en la ley N° 18.968, sobre tribunales de familia, que fusiona las audiencias preparatorias y de juicio en una sola audiencia para la tramitación de los casos de divorcio de común acuerdo*”. N° Boletín: 5279-18 (Moción parlamentaria ingresada en Agosto, 2007)

4) “*Incorpora un nuevo inciso segundo al artículo 18 de la ley N° 19.968, sobre tribunales de familia, que crea las defensas compatibles*”. N° Boletín: 5288-07 (moción parlamentaria ingresada en Agosto, 2007)

5) “*Modifica el artículo 94 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, para hacer efectiva las medidas adoptadas por el Tribunal*”. N° Boletín: 5292-18 (moción parlamentaria ingresada en Agosto, 2007).

6) “*Modifica el inciso segundo del artículo 92, de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, estableciendo medidas cautelares de protección a los derechos de las personas*”. N° Boletín: 5294-18 (moción parlamentaria ingresada en Agosto, 2007).

7) “*Agiliza la tramitación de los incidentes establecida en el artículo 26 de la ley de Tribunales de Familia*”. N° Boletín: 5536-18 (moción parlamentaria ingresada en diciembre, 2007).

8) “*Otorga facultades disciplinarias a los jueces en procedimientos de familia y genera sanciones*”. N° Boletín: 5537-18 (moción parlamentaria ingresada en Agosto, 2007).

A continuación expondremos el contenido de aquellos que se vinculan con el divorcio de mutuo acuerdo:

A.1 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

Este proyecto de ley es iniciado por Mensaje presidencial ingresado el 17 agosto del año 2006, al día de elaboración de este texto se encontraba próximo a entrar en vigencia pues ya se había efectuado el correspondiente control de constitucionalidad y emitido por la Cámara de Diputados oficio a la Presidencia para efectos de su promulgación, en lo que respecta al divorcio de mutuo acuerdo señala:

- En su artículo 2° *“Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 19.947, sobre matrimonio civil: 3) Sustitúyese el artículo 68 por el siguiente: “Artículo 68.- Si el divorcio fuere solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges, las partes podrán asistir a la audiencia a que se refiere el artículo anterior personalmente o representadas por sus apoderados.”.*

Esta modificación viene a flexibilizar la comparecencia a la audiencia de conciliación, en cuanto cambia la exigencia de tener que comparecer siempre personalmente a ella. Lo cual en ciertos casos se constituía en la razón para suspender una audiencia, ante la imposibilidad de que una de las parte asistiese personalmente, en otros impedía la declaración misma de divorcio, piénsese en los casos en que uno de los solicitantes del divorcio reside en el extranjero y no puede venir a dicha audiencia.

- También contempla esta ley una modificación muy importante en relación a nuestra investigación, se agregará en el artículo 61 de la ley, (que regula las distintas actuaciones que comprende la audiencia preparatoria) un inciso, específicamente al numeral 10), a continuación de la palabra “preparatoria”, pasando el punto aparte a ser seguido, el siguiente inciso:

“Sin perjuicio de ello, el juez podrá, previo acuerdo de las partes, desarrollar la audiencia de juicio inmediatamente de finalizada la preparatoria.”

A.2 “Modifica la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 y de Tribunales de Familia N°19.968 con el propósito de facilitar el trámite de divorcio de común acuerdo y otros aspectos procedimentales.

Este proyecto de ley es iniciado por moción parlamentaria del diputado Carlos Ominami Pascual, ingresada el Jueves 12 de Abril 2007, aún se encuentra en etapa de primer trámite constitucional, y se vincula con el divorcio de mutuo acuerdo en cuanto propone modificar el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, explicitando el carácter no contencioso de la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo, formulando que, *“la solicitud de divorcio se tramitará conforme a las normas del procedimiento no contencioso contempladas en el párrafo tercero del título cuarto de la Ley 19.968.”* (es decir, en una audiencia).

A.3 “Incorpora un nuevo artículo 63 bis en la ley N° 18.968, sobre tribunales de familia, que fusiona las audiencias preparatorias y de juicio en una sola audiencia para la tramitación de los casos de divorcio de común acuerdo”.

Este proyecto también es fruto de una moción parlamentaria, en este caso de los diputados: Penalota, Enrique; Hernández Hernández, Javier; Lobos Krause, Juan; Moreira Barros, Iván; Nogueira Fernández, Claudia; Norambuena Farías, Iván; Paya Mira, Darío; Urrutia Bonilla, Ignacio, ingresada el Martes 28 de Agosto, 2007 y su etapa de tramitación actual también es el primer trámite constitucional.

En cuanto al divorcio de mutuo acuerdo, señala en su único artículo: *“Incorpórese un artículo 63 bis nuevo a la ley sobre tribunales de familia en el siguiente sentido: Tratándose de la tramitación de divorcios de común acuerdo, de aquellos que señala el artículo 55 inciso primero de la ley 19.947, su procedimiento se llevará a cabo en una sola audiencia, y en un mismo acto, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas si a juicio del tribunal así se dispusiere, respetando para tal caso lo previsto en los artículos 62 y 63 de la misma ley. ”*

Cabe destacar que en oficio número 6968 de fecha 29/08/07 la Cámara de Diputados consulta su opinión respecto al proyecto presentado a la Corte Suprema y por oficio número 318, de fecha 28 de septiembre de 2007, en respuesta la Corte Suprema señala su aquiescencia a dicho proyecto de ley, insistiendo en el carácter contencioso del divorcio de mutuo acuerdo, por el interés público que inviste la institución del matrimonio.

B. Jurisprudencia.

Analizaremos la tramitación y jurisprudencia de un divorcio de mutuo acuerdo celebrado en Valparaíso, causa RIT C-3028-2006, cabe destacar que en ésta causa fue patrocinante de una de las partes el Consultorio jurídico de la Universidad de Valparaíso, no obstante ello se mantendrá reserva de las partes, en resguardo de su derecho a la intimidad,

1. 30 octubre 2006: tribunal tiene por interpuesta demanda de divorcio por mutuo acuerdo, citando a las partes para el 20 de Agosto de 2007 a la audiencia preparatoria y especial de conciliación.
2. La resolución que cita a las partes es la siguiente:

Valparaíso, treinta de Octubre de dos mil seis.
 Por ingresado a mi despacho con esta fecha.
 A lo principal: Por interpuesta demanda de divorcio.
 Vengan las partes personalmente, sin perjuicio de ser asistidas por sus apoderados, a la audiencia preparatoria y especial de conciliación, de conformidad con lo dispuesto al artículo 67 de la Ley 19.947, la que se celebrará **el día 20 de agosto de 2007, a las 10.30 horas, en la Sala 3, Piso 2 de este Tribunal.**
 En la audiencia citada las partes deberán señalar pormenorizadamente todos los medios de prueba que harán valer en defensa de su pretensión. Para el caso de ofrecer prueba de testigos y peritos, deberán indicar el nombre completo, profesión u oficio y domicilio de éstos.
 De conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 de la citada ley, se advierte a las partes que la audiencia se debe realizar con la asistencia personal de ambas, bajo apercibimiento de aplicar en su caso las medidas de apremio previstas en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.
 Al primer otrosí: Incorpórese jurídicamente en la audiencia respectiva.
 Al segundo otrosí: Téngase presente el patrocinio y constitúyase el mandato en la audiencia respectiva.
 Al tercer otrosí: Téngase presente y acredítese en la audiencia respectiva.
 Atendido lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley de Matrimonio Civil, adóptense los resguardos necesarios para la debida reserva.
 Notifíquese a la parte demandada de doña **xxxxxxxxxxxxxxxxx en su domicilio xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Valparaíso**, personalmente por el funcionario encargado.
 En caso de no resultar posible efectuar la notificación personal del demandado, se autoriza desde ya la notificación por cédula si se verifica que se trata de su domicilio, conforme con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley 19.968.
 Notifíquese a la parte demandante por carta certificada transcrita
 RIT : **C-3028-2006**
 RUC : **06-2-0280623-4**
 Proveyó doña MARÍA A. GONZÁLEZ CATALÁN, Juez Titular del Juzgado de Familia Valparaíso.

3. 20 de Agosto de 2007: audiencia preparatoria es suspendida en atención a que una de las partes asiste sin patrocinio de abogado y se cita a una nueva audiencia para el día 18 de marzo de 2008.
4. 18 de marzo de 2008: Audiencia es suspendida en atención a que unas de las partes asiste con abogado, el cual no había constituido mandato, se cita a nueva audiencia preparatoria para el día 08 de agosto de 2008.
5. 08 de agosto de 2008: en ésta fecha se celebra audiencia preparatoria y audiencia de juicio conjuntamente.

-Respecto de este caso señalaremos:

- Audiencia de juicio y preparatoria se realizaron conjuntamente, la implicancia práctica de ello radica en que los abogados de las partes deben preparar y llevar a la audiencia preparatoria, toda la prueba a rendir, desde los documentos, hasta los testigos,
- En la resolución que cita a las partes a audiencia preparatoria, copiada en el punto 2 de ésta página, nada se dice de la posibilidad de desarrollar las dos audiencias en una, las actas de cada audiencia suspendida tampoco lo señala, sólo se limitan a citar a “audiencia preparatoria” para nuevo día y hora.
- Luego, nos preguntamos ¿por qué los abogados y procuradores de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso y del Consultorio Jurídico gratuito de la Universidad de Valparaíso (que son los patrocinantes de las partes de éste juicio) llegan a dicha audiencia con testigos, documentos y todo, como yendo a una audiencia de juicio, si lo que se iba a celebrar era una audiencia preparatoria?.
- Ni en el acta de ésta audiencia preparatoria y de juicio a la vez, ni en la sentencia, el juez fundamenta esta situación.

C. Estadísticas.

Hemos solicitado formalmente a los administradores de tribunal de familia Viña del Mar y Valparaíso Sr. Carlos Evaristo Valenzuela y Sr. Manuel López Braniff, respectivamente, información en torno a : 1) número de causas ingresadas durante el período 2006-2007; 2) número de divorcios ingresados durante dicho período; y 3) número de divorcio de mutuo acuerdo ingresados en dicho periodo, ello evidentemente, con la intención de analizar el número de causas ingresadas a los tribunales de familia, el porcentaje que representan en el total de causas los divorcios, y en éstos el porcentaje de divorcios de mutuo acuerdo.

La información suministrada por Valparaíso y Viña del Mar no contempla la información señalada en el punto 3, en atención a que es una información de la cual no disponen, sólo informan lo siguiente:

Valparaíso:

	Divorcios	Total
2006	635	8.500
2007	905	9.547

Viña del Mar:

	Divorcios	Total
2006	850	9.856
2007	963	8.762

1.2.Encuesta.

1. A su juicio el divorcio de mutuo acuerdo es un juicio:	
Contencioso	6
No contencioso	24
Total	30

Las respuestas dadas en esta pregunta de la encuesta, demuestran que la mayoría de los abogados encuestados consideran que el divorcio de mutuo acuerdo es un juicio no contencioso, pese a que como ya se ha expuesto, la Corte Suprema y la voluntad del legislador ha sido clara en torno a su naturaleza contenciosa.

2. De acuerdo a su experiencia el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo se ha desarrollado:	
Siempre en dos audiencias	11
En más de dos audiencias	4
A veces en sólo una audiencia	15
Total	30

Las respuestas dadas por los abogados a esta pregunta demuestran que la mayoría de ellos, han vivenciado la celebración de juicios de divorcio de mutuo acuerdo en sólo una audiencia, si comparamos esta información con la jurisprudencia acompañada, podemos concluir: pese a que, como se ha expuesto, la regulación procesal de dicho divorcio comprende dos audiencias, (preparatoria y de juicio) en ciertos caso se realizan de manera más breve, en sólo una audiencia.

3. Si el divorcio de mutuo acuerdo se pudiera substanciar en sólo una audiencia es porque::	
El criterio del juez así lo permite	16
Es una posibilidad que la ley señala	4
No hay claridad de la razón que lo justifica	10
Total	30

Relacionando las respuestas formuladas por los abogados a la pregunta anterior con las dadas en esta pregunta, podemos concluir que existe gran confusión en torno al por qué de la realización del divorcio de mutuo acuerdo en sólo una audiencia.

4. De acuerdo a su experiencia, el juicio de divorcio de mutuo acuerdo se debiera desarrollar en:	
Una audiencia	30
Las dos audiencias	0
Total	30

Estas respuestas son bastante claras en torno a que la totalidad de los abogados encuestados consideran, de acuerdo a su experiencia, que el divorcio de mutuo acuerdo se debiese de desarrollar en sólo una audiencia.

5. A su juicio, cuál es el principal argumento a favor de la resolución del divorcio de mutuo acuerdo en sólo una audiencia:	
Ser un asunto no contencioso	6
Razones de economía procesal	24
Total	30

Esta respuesta nuevamente nos demuestra que hay abogados que consideran que el divorcio de mutuo acuerdo es un procedimiento no contencioso, pero una parte considerable de ellos estiman que el argumento a favor de la resolución de dicho divorcio en sólo una audiencia es el principio de economía procesal.

2-. Análisis de los datos y conclusiones de la Investigación.

- a. Sin duda la principal constatación de este estudio es que el divorcio de mutuo acuerdo se está desarrollando en ciertas ocasiones en sólo una audiencia, ello lo concluimos a propósito de la encuesta aplicada, del análisis de jurisprudencia y de las conversaciones que en la etapa de investigación se sostuvieron con distintos operadores jurídicos.
- b. De la información emanada de la encuesta (pregunta número 3) se da cuenta de la falta de claridad que existe respecto de los fundamentos de ello.
- c. Hemos constatado un caso de desregulación judicial, es decir, un ámbito en el cual los jueces y los distintos operadores jurídicos se apartan del contenido de la ley, en este caso la ley procesal en materia de derecho de familia, y constituyen una práctica que no tiene la característica de generalizada puesto que de la pregunta 2 de la encuesta concluimos que no todos los abogados han tenido la experiencia de desarrollar el procedimiento en sólo una audiencia, un lapso significativamente menor al que por aplicación de la ley debiese de realizarse.
- d. Calificaremos dicha práctica judicial como positiva, puesto que como consecuencia de ella las personas que tramitan su divorcio por mutuo acuerdo se benefician por una tramitación más breve que la señalada por la ley, además, contribuye a un mayor avance en el trabajo del tribunal.
- e. Sin embargo, el problema de ello es que como lo que está sucediendo es consecuencia de una práctica hay otras personas que no acceden a dicho beneficio, por el sólo hecho de que no saben que existe esta posibilidad. Por tanto no asumen la implicancia práctica de ello, como, asistir a la audiencia preparatoria, con todos los medios de prueba que se debiesen de producir en la audiencia de juicio, pues ambas se realizan conjuntamente. Evidentemente, contribuye a esta desinformación el hecho que la ley aún no lo señale y también el hecho de que el juez al proveer la demanda de divorcio de mutuo acuerdo no señale dicha posibilidad, (cuestión que se evidencia en la jurisprudencia que hemos expuesto en el número 2 del título jurisprudencia de la exposición de los datos arrojados por la investigación). Es algo que simplemente sucede, un “secreto” del cual sólo se benefician ciertas personas que acceden a dicha información.

- f. Otro factor importante es que no todos los jueces permiten la realización del divorcio de mutuo acuerdo en sólo una audiencia, de la información recabada, sabemos que de las 6 salas del tribunal de familia de Valparaíso sólo en 2 ellas se permite
- g. Por lo tanto, ya no sólo depende de acceder a la información, sino que también de la fortuna de ser juzgado por los jueces que permiten la tramitación en sólo una audiencia.
- h. Si comparamos el contenido de la ley respecto al procedimiento en estudio y lo que sucede en la práctica, evidentemente hay diferencias, ahora bien, estas diferencias no se manifiestan si cotejamos lo que está sucediendo en la práctica con los proyectos de ley que actualmente se tramitan en nuestro Congreso Nacional, pero ellos son sólo proyectos aún.
- i. Respecto de los proyectos de ley analizados, cabe concluir que nuestros parlamentarios han abordado el tema con bastante desorden, pues como se ha expuesto hay 3 proyectos de ley, que apuntan a regular el procedimiento en una sola audiencia. El primero se inicia por mensaje presidencial ingresado al congreso con fecha 17 agosto del año 2006 y que está actualmente ad portas de entrar en vigencia, en él una de las modificaciones a la ley que contempla, precisamente es la posibilidad de que estando las partes de acuerdo se realice la audiencia de juicio inmediatamente después de la audiencia preparatoria, sin distinción de materias, por tanto se comprende también el divorcio de mutuo acuerdo entre ellas. El segundo, ingresado con fecha 12 abril 2007, por moción parlamentaria, que busca que el divorcio de mutuo acuerdo se regule en una sola audiencia como consecuencia del carácter no contencioso de éste. El tercero ingresado con fecha 28 de Agosto 2007, también por moción parlamentaria, el cual propone unificar las audiencias, sólo por razones de economía procesal y por las características del divorcio de mutuo acuerdo. Cabe destacar que no obstante el estado de avance en la tramitación del primer proyecto de ley señalado en este punto, a la fecha de elaboración de estas conclusiones (20 de agosto de 2008) los otros dos proyectos aún no habían sido archivados. (25 de agosto de 2008)

- j. Podemos identificar como positiva las iniciativas del legislativo en torno a regular el procedimiento en sólo una audiencia, esto además de dar vida al principio de economía procesal, permitirá que todas las personas que demanden el divorcio de mutuo acuerdo se privilegien de una tramitación más breve, acorde a las características de la controversia, sin que se produzca la desigualdad fáctica que hoy existe.
- k. También podemos constatar con todo lo expuesto, que nuestra cultura jurídica insistentemente calificada de extremadamente formalista, en este caso deja de lado su acostumbrado formalismo para adecuar el procedimiento a las características de la controversia. Creemos que ello de alguna manera es impulsado por la situación de colapso de los tribunales de familia, es decir, los jueces han visto como una manera de avanzar con el trabajo el simplificar la tramitación del divorcio de mutuo acuerdo, apartándose de la ley. Sin perjuicio de ello, creemos que el argumento de fondo dice relación con el principio de economía procesal. Nos preguntamos en este sentido ¿algunos jueces estarían permitiendo la regulación del divorcio de mutuo acuerdo en una audiencia si no existiese el aludido Colapso?, ¿Por qué es esta materia –divorcio de mutuo acuerdo- la que se ha visto beneficiada con la tramitación más breve, y no otras?
 - l. En cuanto a la hipótesis formulada, y para responder si la hemos comprobado, señalaremos:
 - a-. Por la información estadística expuesta, no podemos menos que concluir que la carga de trabajo que representan los juicios divorcio de mutuo acuerdo, no es de una cantidad tan significativa como pensábamos.
 - b-. La información expuesta en torno a la realidad procedimental del divorcio de mutuo acuerdo es contundente en torno a que su procedimiento de facto ha sido simplificado, y que el legislador pese al desorden con que ha tratado el tema también se ha ocupado de ello, buscando soluciones coherentes con lo que está sucediendo en la realidad, todo ello nos permite concluir que, a todas luces, el procedimiento que regula la ley no es el adecuado, desde el punto de vista del principio de economía procesal.
 - c-. Por último, el problema que actualmente viven los tribunales de familia, relativo al retraso en la carga de su trabajo, es condicionado por una multiplicidad de factores. Sólo

previamente a ello diremos que la investigación realizada es concluyente en torno a que efectivamente el procedimiento que la ley 19.968 regula para el divorcio de mutuo acuerdo es una de las condicionantes del aludido colapso que experimenta la nueva justicia de familia, con énfasis en que es sólo condicionante, es decir, sólo un factor más dentro de la multiplicidad de factores que se vinculan al fenómeno en estudio.

Conclusiones

1. Este trabajo tan sencillo y sin duda lleno de falencias, buscaba interiorizar en torno al desarrollo histórico y doctrinal que ha tenido la sociología jurídica, e indagar sobre los fundamentos filosóficos de ella, con ello aportar al entendimiento de este saber respecto del Derecho. Fue especialmente importante la realización de la investigación empírica realizada, que vino a constituirse como un caso de comprobación de muchos de los planteamientos que estábamos realizando en torno a la importancia de la sociología jurídica en etapas de la ley. Así, el caso relativo a la regulación procesal del divorcio de mutuo acuerdo y su contraste con su realidad procesal, fue para nosotros toda una novedad, lo que creíamos como necesario, ya estaba sucediendo, en un plano informal. Con la futura entrada en vigencia de la ley iniciada por mensaje del ejecutivo, si bien, todo se regularizará, quedará en la memoria de la legislación chilena este verdadero absurdo, el legislador reticente a regular un procedimiento de divorcio sumario cuando las partes lo solicitan de común acuerdo, ante la fuerza de los hechos (los distintos problemas que enfrentan hoy los tribunales de familia) se vio en la necesidad de reformarlo estableciendo una tramitación más rápida, pero el despilfarro de recursos, la situación de desigualdad vivida por los que se vieron involucrados con ese procedimiento, y como ello de alguna manera contribuyó al retardo del trabajo de los tribunales de familia, principal razón del denominado “Colapso”. Todo esto puede ser un buen caso para reflexionar en torno a la importancia de la sociología jurídica.

2. Recordando la pregunta que nos formulamos al comienzo de esta investigación, ¿el derecho necesita a la sociología?, en caso que la respuesta sea afirmativa, ¿por qué?, puedo señalar que el Derecho sí necesita a la sociología, y ello se proyecta en dos direcciones.

2.1 En una primera dirección es necesaria, pues con ella se puede analizar el fenómeno jurídico de una manera integral, contribuyendo a una “mejor comprensión del Derecho”. Poniendo atención en las distintas dimensiones de lo jurídico, centrándose en su dimensión fáctica, en sus hechos y conductas y por lo mismo, fuertemente vinculado a la eficacia de las normas jurídicas, pero no sólo a ello, sino que también a los hechos y conductas relevantes para el derecho antes de entrar en vigor, incluso antes de ser creadas las normas

jurídicas. Pero, sin desconocer las otras dimensiones de lo jurídico, mal podría no analizarse y tomarse en consideración las normas, dado que lo característico de lo jurídico, son las normas jurídicas, de no hacerlo se corre el riesgo de no diferenciarse de la sociología general. Tampoco puede apartarse de la dimensión valórica del derecho, la sociología jurídica puede aportar con conocimientos en torno a cual es la moral social dominante para un determinado objeto de estudio, y además creo muy difícil entender un fenómeno social sin atender a los valores que en él subyacen.

Relacionando la investigación jurídico-social realizada con la anterior afirmación, se puede buscar el entendimiento de lo ha sucedido con el divorcio de mutuo acuerdo con la discusión valórica que subyace a la regulación del divorcio en Chile. Pensamos que puede ser una manifestación más de la reticencia los sectores conservadores de nuestro Congreso a la regulación del divorcio. Es decir, ciertos parlamentarios ante el ineludible deber en el que se vieron de tener que regular el divorcio, tratándose del divorcio de mutuo acuerdo, lo regularon pero estableciendo un procedimiento absurdo desde el punto de vista de sus características y apartándose del principio de economía procesal.

2.2 En una segunda dirección, la sociología jurídica es necesaria para “un mejor derecho”, puesto que no sólo nos puede llevar a una comprensión del fenómeno jurídico más integral y enriquecedora, sino que sus objetivos van más allá y se dirigen a producir cambios, a influir en el orden de cosas del derecho. El estudio socio-jurídico puede ser de gran importancia en la etapa de creación, implementación y de aplicación de la ley, sea para influir en el contenido de la ley, sea para evaluar su puesta en marcha, e informarnos de manera seria en torno a las implicancias sociales, positivas y negativas de la norma jurídica, es en éste sentido que la sociología jurídica es necesaria para un mejor derecho. Nuevamente relacionando lo anteriormente dicho con la investigación empírica realizada, pensamos que los distintos factores del problema investigado, se podrían haber evitado con una ley que en su creación e implementación hubiese considerado estudios socio-jurídicos que permitieran prever los factores de ineficacia que se han presentado y con ello haber evitado las externalidades negativas que ha tenido la instauración de la nueva judicatura de familia.

3. Evidentemente, de lo expuesto sale a luz la complejidad de la sociología jurídica y lo pretensioso que en principio pueden parecer sus objetivos, pero el derecho es un

fenómeno complejo, que requiere de preparación profesional y de avances en el pensamiento que permitan la realización de una sociología jurídica seria, estudios socio-jurídicos de verdad y no meras manifestaciones de opinión, de percepciones. Abundan estudios sociológicos en los cuales uno se cuestiona que tan serios son, que tan válido y generalizables son las conclusiones a las que arriban. La clave está en entender que este saber requiere de la interdisciplinariedad, requiere que los juristas abran sus puertas a trabajar con profesionales de áreas distintas a la jurídica, la retroalimentación que puede haber es realmente una necesidad para el avance de éste tan contemporáneo saber. La propuesta puede parecer una tanto ilusa, sobre todo si miramos las distintas discusiones doctrinales que han surgido a propósito de este saber, lo cerrado que han sido ciertos autores frente a ella, pero me parece que son debates cargados de anacronismo y ceguera, en los cuales no vale mucho la pena detenerse.

INDICE.

	Páginas
▪ Introducción	1
▪ <u>Primer capítulo:</u> “ <i>Marco teórico referencial</i> ”	
1. Concepto de sociología del derecho.....	5
2. Historia: breve evolución histórica.....	7
2.1 Sociología del derecho de los sociólogos.....	7
2.2 Sociología jurídica de los juristas “ <i>La Revuelta contra el formalismo</i> ”.....	8
2.3 En los últimos tiempos, “ <i>análisis sociológico de los sistemas jurídicos</i> ”.....	12
3. Temas de la sociología del derecho.....	15
4. Algunos Obstáculos que ha tenido que enfrentar la sociología jurídica.....	19
Para constituirse como saber acerca del derecho.	
4.1 Supuesta incompatibilidad entre concepción normativa	19
del Derecho y sociología jurídica.	
4.2 Imposibilidad de derivar normas de hechos.....	27
4.3 Obstáculo político.....	30
5. Funciones de la Sociología Jurídica.....	31
5.1 Función teórica.....	31
5.2 Función práctica.....	32
6. Relación entre sociología, legislación y razonamiento jurídico.....	33
▪ <u>Segundo capítulo:</u> “ <i>Problema de investigación y metodología</i> ”	
1. Estudio Socio-jurídico relativo al funcionamiento	
De los tribunales de familia en Chile.....	47
1.1 El problema.....	48
A-. La publicidad.....	50
B-. El diseño.....	51
B.1 Vacancia.....	51

B.2 Dotación.....	52
B.3 Estimación de la carga de trabajo.....	53
B.4 Preparación de administrador del tribunal.....	54
B.5 Mediación.....	55
C. Producción de audiencias.....	55
D-. Aspectos procedimentales: procedimiento contemplado	
Para el divorcio de mutuo acuerdo.....	56
D.1 Divorcio de mutuo acuerdo, Antecedentes.....	56
D.2 Procedimiento aplicable al divorcio de mutuo acuerdo.....	58
2. Hipótesis.....	61
4. Diseño de la investigación.....	61
▪ <u>Tercer capítulo: “Exposición y análisis de los datos, conclusiones y sugerencias”</u>	
1. Exposición y análisis de los datos.....	64
1.2 -Documentos.....	64
A. Proyectos de ley con el objeto de modificar la ley 19.968, ley de tribunales de familia.....	64
A.1 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.....	65
A.2 “Modifica la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 y de Tribunales de Familia N° 19.968 con el propósito de facilitar el trámite de divorcio de común acuerdo y otros aspectos procedimentales.....	66
A.3 “Incorpora un nuevo artículo 63 bis en la ley N° 18.968, sobre tribunales de familia, que fusiona las audiencias preparatorias y de juicio en una sola audiencia para la tramitación de los casos de divorcio de común acuerdo”.	66
B. Jurisprudencia.....	67
C. Estadísticas.....	68
1.2. Resultado de encuestas.....	69
2-. Análisis de los datos y conclusiones de la Investigación.....	71
▪ Conclusiones del trabajo.....	76

- Índice.....79
- Bibliografía.....82

Bibliografía

▪ Bibliografía Primer Capítulo:

1. Atienza, Manuel, “*Introducción al Derecho*” editorial Barcanova, Barcelona, 1991, 4ª edición,
2. Arnaud, Jean-André y Fariñas Dulce, María José, “*Sistemas Sociológicos Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*”, editorial, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, 2ª edición
3. Carbonnier, Jean, “*Sociología Jurídica*” editorial Tecnos, 1977, Madrid.
4. Calsamaglia, Albert, “¿*Debe ser la moral el único criterio para legislar?*”, en revista DOXA, número 13, 1993.
5. Bobbio, Norberto, “*Recuerdo de Renato Treves*” en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 15-16, vol. II (1994), traducción Luí́s Rodríguez Abascal.
6. Bobbio, Norberto “*Teoría general del derecho*” editorial Temis 1987, traducción de Eduardo Rozo Acuña, con la colaboración de Marcela Anzola.
7. Díaz, Elías “*Sociología y Filosofía del derecho*”, editorial Taurus, segunda edición 1980
8. Díaz Elías, “*Sociología Jurídica y Concepción Normativa del Derecho*”, en *Revista de Estudios Políticos*, año 1965, Numero 143, página 75 a 103
9. Kelsen, Hans, “*Una fundamentación de la sociología del derecho*” en *Revista DOXA. Volumen 12* (1992), pp. 213-256. traducido por Adolfo Barberá
10. Soriano, Ramón, *Sociología del Derecho, Barcelona* editorial Ariel S.A. 1997.
11. Squella Narducci, Agustín, “*Filosofía del derecho*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
12. Squella Narducci, Agustín, “*Introducción al derecho*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000.
13. Treves, Renato, “*Introducción a la sociología del derecho*”, Editorial Taurus, 1978.

▪ Bibliografía Segundo y Tercer Capítulo:

1. Couture, Eduardo, “*Fundamentos del derecho procesal civil*”, edición Depalma Buenos Aires 1978, tercera edición,
2. Pasten, Fernando, “*Metodología de la investigación social*” editorial EDEVAL, 4ª edición, Valparaíso 2008
3. Ramos Pazos, René., “*Derecho de familia.*” Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
4. Saavedra, Ricardo, apuntes elaborados por el profesor, “*Matrimonio y Divorcio*”, Universidad Valparaíso 2007.
5. Sierra Bravo, R. “*Técnica de investigación social: teoría y ejercicios*”, editorial Thomson, Madrid. decimocuarta edición, 2ª reimpresión 2003.
6. Troncoso, Hernán, “*Derecho de familia*”, Santiago LexisNexis, 2006.

Investigaciones Socio Jurídicas:

1. Casas, Lidia; Duce, Mauricio; Marin, Felipe; Riego, Cristian; y Vargas, Macarena, Informe “el funcionamiento de los tribunales de familia: resultados de una investigación exploratoria” Universidad Diego Portales,
2. Estudio “Percepción y Evaluación de los Tribunales de Familia en Chile”, de: Fundación Probono; Colegio de Abogados de Chile; Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana; Colegio de Mediadores de Chile y Ministerio de Justicia.
3. José Silva, Gloria Baeza, Paulina Gonzáles, Blanca Lecaros, Pontificia Universidad Católica de Chile “Estudio exploratorio sobre el funcionamiento de la oralidad en los tribunales de familia de la región Metropolitana”, año 2007.

Fuentes Legales:

1. ley 19.968 “Ley de Tribunales de Familia”
2. ley 19.947

Otros:

“*Procedimiento para juzgados de familia*” de la Corporación Administrativa del poder judicial, julio 2006. (Manual de aplicación para funcionarios de los tribunales de familia)

